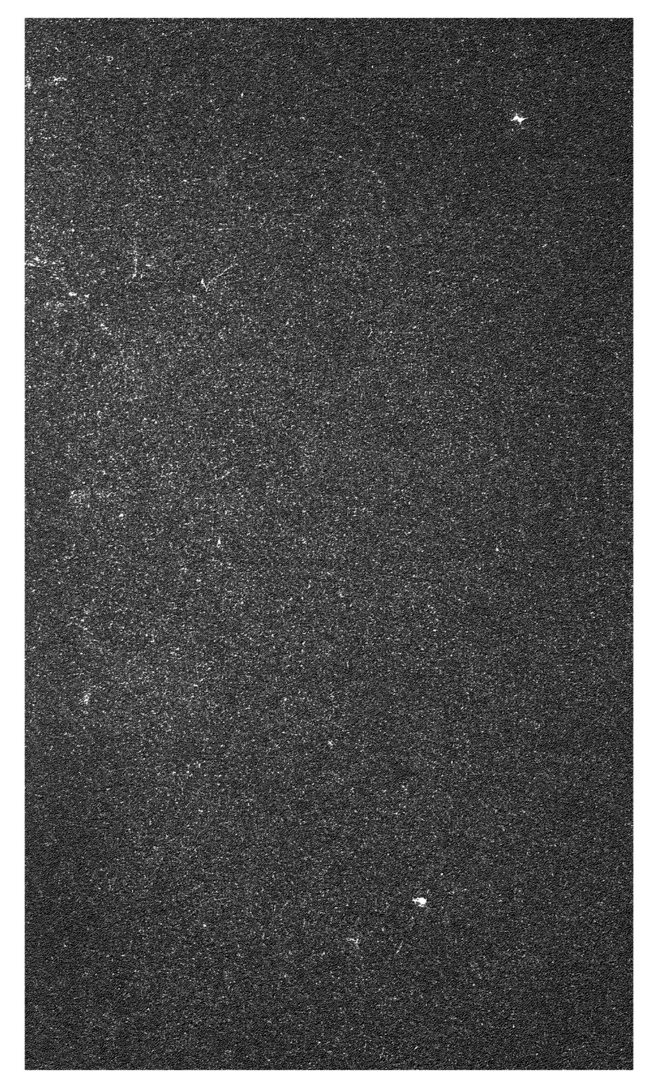


كتاب

الموجز في الفقه الإسلامي المقارن

الجزء الثاني

وهو خلاصة وافية للمحاضرات التي ألقيت في الفصل الدراسي الثاني
على طلبة السنة الثالثة في كلية الشريعة

بقلم

عبد السميع أحمد إمام
الأستاذ المساعد في الكلية

و

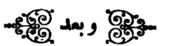
محمد عبد اللطيف شافعي
المدرس في الكلية

الطبعة الأولى

دار الطباعة المحمدية - درب الأتراك بالأزهر بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله وعلى آله وصحبه وتابعيه ، ورضى الله تعالى عن أئمتنا المجتهدين



فهذا هو مقرر الفصل الدراسى الثانى فى الفقه الإسلامى المقارن ، حسب المنهاج الموضوع لطلبة السنة الثالثة فى كلية الشريعة والله نسأل أن يعصمنا من الزلل وأن ينفع به أنه سميع مجيب

المؤلفان

الباب الأول

فى الصلاة : وفيه خمسة مباحث

أولها : قصر الصلاة فى السفر ، ثانيها الجمع بين الصلاتين ، ثالثها العدد الذى تنعقد به الجمعة ، رابعها : تعدد الجمعة فى البلد الواحد ، خامسها : اجتماع عيد وجمعة فى يوم واحد . وسنذكرها على هذا الترتيب فنقول :

المبحث الأول : قصر الصلاة فى السفر

اتفق العلماء على أن صلاتى الصبح والمغرب لا تقصران كما اتفقوا على أن قصر الصلاة الرباعية مشروع فى السفر . ثم اختلفوا بعد ذلك فى حكم هذا القصر ويمكن إرجاع الخلاف فى هذه المسألة إلى مذهبين :

المذهب الأول : أن قصر الصلاة فى السفر رخصة يجوز العدول عنه إلى الإتمام وهو مذهب مالك والشافعى وأحمد وداود (١) ويروى عن جماعة من الصحابة منهم عثمان وعائشة وسعد ابن أبى وقاص وآخرون كما يروى عن سعيد بن المسيب وأبى قلابة من التابعين .

المذهب الثانى : أن القصر فرض لا يجوز العدول عنه إلى الإتمام وهو مذهب أبى حنيفة والثورى وابن حزم (٢) من الظاهرية والزيدية والإمامية والهادوية من الشيعة ويروى عن جماعة من الصحابة منهم عمر وعلى وجابر ومن التابعين عن عمر بن عبد العزيز وقتادة وحماد بن سليمان .

ومنشأ الخلاف فى ذلك كما يفهم من كلام ابن رشد (٣) هو تعارض ظواهر الأدلة من الكتاب والسنة . وبيان ذلك أن ظاهر قوله تعالى « فليس

---

(١) مجموع النووى جـ٤ صـ ٣٣٧ (٢) المحلى لابن حزم جـ ٤ صـ ٢٦٤

(٣) البداية جـ ١ صـ ١٦١

عليكم جناح أن تقصروا » وقوله صلى الله عليه وسلم « صدقة تصدق الله بها عليكم » وقوله « إن الله وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة » يدل على أن القصر رخصة يجوز العدول عنه إلى الإتمام كما هو الأصل فى معنى الترخيص وهـذا يعارض ظواهر نصوص أخرى منها حديث عائشة « فرضت الصلاة ركعتين فأقرت فى السفر » وحديث ابن عباس « إن الله فرض الصلاة على المسافر ركعتين وعلى المقيم أربعا » وحديث ابن عمر « أن الله أمرنا أن نصلى ركعتين فى السفر » فإن هـذه الأحاديث تدل بظاهرها على أن القصر فى السفر فرض لا يجوز العدول عنه إلى الإتمام .

ومن أجل هذا التعارض وقع الخلاف بين الأئمة فى وجوب القصر وعدمه وإليك الأدلة .

أولا : أدلة المذهب الأول :

استدل المالكية والشافعية ومن وافقهم على عدم وجوب قصر الصلاة فى السفر بما يأتى من الكتاب والسنة :

أما الكتاب فقول الله تعالى « وإذا ضربتم فى الأرض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة » ووجه الاستدلال أن نفى الجناح لا يستعمل شرعا إلا فى المباح وهو هنا القصر فيدل على أنه رخصة يجوز العدول عنه إلى الأصل وهو الإتمام الذى دل عليه قوله تعالى « أن تقصروا » إذ القصر إنما يكون من شىء أطول منه .

وأما السنة فهى ما يأتى :

١ ـ ما رواه أحمد ومسلم وأصحاب السنن عن يعلى بن أمية أنه قال قلت لعمر : « فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم أن يفتنكم الذين كفروا » فقد أمن الناس ؟ فقال عمر عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : « صدقة تصدق الله بها عليكم فاقبلوا صدقته » ووجه الاستدلال أن وصف القصر بأنه صدقة يدل على أنه

رخصة يجوز فعلها وتركها كسائر الرخص .

٢ - ما رواه النسائي والبيهقي والدارقطني عن عائشة أنها قالت « خرجت مع النبي صلى الله عليه وسلم في عمرة في رمضان فأفطر وصمت وقصر وأتممت . فقلت بأبي أنت وأمي يا رسول الله أفطرتَ وصمتُ وقصرتَ وأتممتُ فقال أحسنت يا عائشة » وهو ظاهر الدلالة على أن القصر ليس بواجب إذ لو وجب لما أقرها على الإتمام ولا استحسنه منها .

٣ - ما رواه الدارقطني عن عائشة أن النبي ﷺ كان يقصر في السفر وتتم ويفطر وتصوم، ووجه الاستدلال أن عائشة لو علمت أن القصر واجب لما أتمت . إذ إتمامها يكون مبطلا لصلاتها حينئذ . فدل إتمامها على أنها تعلم عدم وجوب القصر .

٤ - ما ثبت في الصحيحين عن عثمان وعائشة رضي الله عنهما أنهما كانا يتمان الصلاة في السفر ، ووجه الدلالة فيه كالذي قبله وهو أنهما لو علما وجوب القصر لما أتماها لبطلانها حينئذ .

ثانيا : أدلة المذهب الثاني : استدل الحنفية ومن وافقهم على أن القصر في السفر فرض بما يأتي من السنة والقياس :

أما السنة فهي :

١ - ما رواه البخاري ومسلم وغيرهما عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت « فرضت الصلاة ركعتين فأقرت صلاة السفر وأتمت صلاة الحضر » وهو نص في أن أصل الفرض في كل من صلاتي الحضر والسفر ركعتان وأنه لم يزد عليهما إلا في الحضر بدليل قولها « وأقرت صلاة السفر » ، فيكون قصر الصلاة في السفر عزيمة لا يجوز العدول عنه لأن العدول يكون حينئذ زيادة على المفروض فيبطله .

٢ - ما رواه البخاري ومسلم وأحمد عن ابن عمر أنه قال « صحبت النبي صلى الله عليه وسلم فكان لا يزيد في السفر على ركعتين وأبا بكر وعمر وعثمان كذلك » ، ووجه الاستدلال به أن القصر لو كان رخصة لأتم النبي

صلى الله عليه وسلم ولو مرة لبيان الجواز ولكنه لم يثبت عنه الأتمام فى السفر أصلا فدل ذلك على عدم جوازه وعلى أن القصر هو الواجب .

٣ ـ ما رواه مسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال « إن الله عز وجل فرض الصلاة على لسان نبيكم صلى الله عليه وسلم على المسافر ركعتين وعلى المقيم أربعا والخوف ركعة » ، وهو ظاهر الدلالة على أن تمام فرض المسافر هو الركعتان ، وأن الزيادة عليهما لا تجوز كما أن نقص المقيم عن أربع لا يجوز .

٤ ـ ما رواه النسائى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال « إن رسول الله ﷺ أتانا ونحن ضلال فعلمنا فكان فيما علمنا أن الله عز وجل أمرنا أن نصلى ركعتين فى السفر » ، ووجه الاستدلال به أن قوله «أمرنا» يدل على وجوب القصر لما هو معلوم من أن الأمر للوجوب .

٥ ـ ما رواه أحمد والنسائى وابن ماجه عن عمر رضى الله عنه أنه قال « صلاة السفر ركعتان وصلاة الأضحى ركعتان وصلاة الفطر ركعتان وصلاة الجمعة ركعتان ، تمام غير قصر على لسان محمد صلى الله عليه وسلم وهو نص فى أن تمام فرض المسافر ركعتان فلا تجوز الزيادة عليهما .

وأما القياس : فقالوا إن صلاة السفر كالجمعة والصبح بجامع أن كلا يسقط فرضه بركعتين والجمعة والصبح لا تجوز الزيادة عليهما فكذا صلاة السفر .

المناقشة : أولا مناقشة أدلة المذهب الأول :

نوقش استدلال المالكية والشافعية بالآية من وجهين ،

أولهما : قولهم إن نفى الجناح لا يستعمل الا فى المباح ممنوع بل يستعمل فى الواجب أيضا كما فى قوله تعالى « فلا جناح عليه أن يطوف بهما » ، فأنه ورد فى السعى بين الصفا والمروة وهو واجب ،

وثانيهما : لو سلم أن نفى الجناح للأباحة لما كان فى الآية دلالة على أن القصر

مباح لأنها وردت فى قصر الصفة فى صلاة الخوف لا فى قصر العدد لأن قصر العدد كان معلوما قبل ذلك من مبدأ شرعية الصلاة كما دل على ذلك حديث « فرضت الصلاة ركعتين » .

وأجيب عن أولها بأن الأصل فى نفى الجناح أن يستعمل فى المباح ولا يستعمل فى الواجب إلا بقرينة كما فى آية السعى إذ وقعت جوابا لتحرج الأنصار من السعى لأنه كان من شعار الجاهلية وحيث لا قرينة فى آية القصر فيتعين كونه مستعملا فى المباح . وأجيب عن ثانيهما بأن الآية لم ترد فى قصر الصفة وإنما وردت فى قصر العدد بدليل فهم عمر منها ذلك وإقرار النبى صلى الله عليه وسلم له كما فى حديث يعلى بن أمية .

ونوقش استدلالهم بحديث يعلى بن أمية من وجهين أيضا :

أولهما : أن قوله ﷺ فى آخر هذا الحديث « فاقبلوا صدقته » يدل على وجوب القصر لما هو معلوم من أن الأمر للوجوب .

وثانيهما : لو سلم أن الأمر فيه ليس للوجوب وأن قوله « صدقة » يدل على الرخصة لكانت رخصة إسقاط لأنه تصدق بما لا يقبل التمليك فلا يجوز رده كالعتق والقصاص ومن ثم لا يجوز العدول عنه إلى الإتمام .

ويجاب عن أولها : بأن الأمر فى قوله « فاقبلوا » ليس للوجوب وإنما هو لبيان أن القصر فى السفر ليس مقيدا بالخوف بل مناطه السفر فقط : إذ لو كان الأمر فيه للوجوب لما أقر عائشة على الإتمام كما تقدم .

ويجاب عن ثانيهما بأن كونه رخصة إسقاط لا ينفى جواز الإتمام وإنما ينفى وجوبه لأن الإسقاط متعلق بوجوب الإتمام ولم نقل به وإنما قلنا بجوازه . يدل على ذلك فهم الصحابة كما ثبت عن أنس أنه قال « كنا أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم نسافر فيتم بعضنا ويقصر بعضنا ويصوم بعضنا ويفطر بعضنا فلا يعيب أحد على أحد » فإن هذا يدل على أن الإتمام كان معلوم الجواز بين الصحابة .

وورد عليهم فى حديث عائشة الأول وهو حديثها « أنها خرجت لعمرة فى رمضان » ما يأتى: أولا : أن فى إسناده العلاء بن زهير عن عبد الرحمن ابن الأسود وقد قال ابن حبان فى العلاء « إنه يروى عن الثقات مالا يشبه حديث الأثبات » وأما عبد الرحمن فقال فيه أبو حاتم « أدخل على عائشة وهو صغير ولم يسمع منها وبذلك يتبين عدم صلاحية الحديث للاحتجاج به

ثانيهما : أن فى متنه نكارة وذلك أن ظاهره يدل على أن النبى ﷺ اعتمر فى رمضان وهو مخالف لما فى الصحيحين وغيرهما من أنه عليه الصلاة والسلام لم يعتمر فى رمضان قط .

وأجيب عن أولها . بأن يحيى بن معين قد وثق العلاء بن زهير وقال الذهبى إن العبرة بتوثيق يحيى وذكره ابن حبان فى الثقات وقال عبدالحق فيه إنه ثقة مشهور والحديث الذى رواه فى القصر صحيح وأن الدارقطنى قال فى عبد الرحمن إنه أدرك عائشة ودخل عليها وهو مراهق وقال الحافظ هو كما قال ففى تاريخ البخارى وغيره ما يشهد لذلك .

وأجيب عن ثانيهما . بأن قول عائشة « خرجت فى عمرة فى رمضان » معناه أن إبتداء خروجها كان فى رمضان ثم وقعت العمرة بعد ذلك .

وبهذا يظهر أنه لا إشكال فى هذا الحديث إسناداً ولا متناً فصلح للحجية فضلا عن أنه يتقوى بغيره مما يثبت إتمامها للصلاة فى السفر ولذا قال الدارقطنى « إسناده حسن أو صحيح » .

وورد عليهم فى حديثى اتمام عائشة وعثمان أنه فعل لبعض الصحابة ولا حجة فيه إلا بتقرير النبى ﷺ له ولم يثبت ،

ويجاب عنه بأن ما تقدم فى حديث عائشة من قوله ﷺ « أحسنت يا عائشة » يدل على التقرير ولو فرض عدم تقريره لكان حجة أيضا من حيث أن الصحابة لم ينكر بعضهم على بعض كما فى حديث أنس المتقدم فيكون إجماعا منهم على جواز الاتمام .

فإن قيل إن ابن مسعود أنكر على عثمان إتمامه بمنى كما فى البخارى وغيره فالجواب أن إنكاره عليه لمخالفته للسنة فقط . وإلا لأمره بإعادة الصلاة ويدل على هذا أن ابن مسعود قد روى عنه الأتمام أيضا (١) .

ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الثانى :

ورد على الحنفية فى استدلالهم بالسنة ما يأتى :

١ ـ أن حديث عائشة « فرضت الصلاة ركعتين » أرادت به أن ابتداء فرضها كان ركعتين ثم أتمت بعد الهجرة فصارت أربعا ثم خففت صلاة السفر فيكون المراد من قولها أقرت أى باعتبار ما آل إليه الأمر من التخفيف وإنما كان هذا هو المراد من قولها لمعارضته لظاهر القرآن والإجماع على تسميتها قصرا ويؤيد ذلك أنها كانت تتم كما فى الصحيحين ولو أرادت أن القصر فرض المسافر لما أتمت فى السفر .

٢ ـ وأن حديث ابن عمر الدال على مواظبته ﷺ على القصر فى السفر لا دلالة فيه على الوجوب بل يدل على أنه الأفضل ويكفى فى الدلالة على عدم الوجوب إقراره ﷺ لعائشة على الاتمام فليس بلازم أن يتم هو بعد ذلك .

٣ ـ وورد عليهم فى حديث ابن عباس مثل ما ورد على حديث عائشة من التأويل كما يدل عليه ما رواه الأثرم أن رجلا سأل ابن عباس فقال كنت أتم الصلاة فى السفر فلم يأمره بالإعادة (٢) .

٤ ويرد عليهم فى حديث ابن عمر الدال على الأمر بالركعتين فى السفر أنه محمول على بيان الأفضل من الأمرين بقرينة ما تقدم من إقراره عليه السلام لعائشة على الاتمام .

٥ ـ ويرد عليهم فى حديث عمر أن قوله تمام غير قصر معناه تامة

---

(١) المغنى ص ١٠٩ ج ٢

(٢) المغنى لابن قدامة ج ٢ ص ١٠٩

الفضل غير ناقصة الأجر كما يدل عـلى ذلك حديث يعلى بن أمية الذى فيه أن عمر فهم من الآية أن الصلاة مقصورة وأنه سأل رسول الله ﷺ فأقره على فهمه .

٦ ـ وورد عليهم فى قياسهم صلاة السفر على الصبح والجمعة أنه قياس مع الفارق لأن كلا من الصبح والجمعة قد شرع ركعتين من الأصل فلا يقبل الزيادة بخلاف صلاة السفر فإنها مقصورة فجاز ترك القصر إلى الاتمام .

ومن هذه المناقشة لأدلة الطرفين يتبين رجحان القول بأن قصر الصلاة الرباعية فى السفر رخصة ، فعلها أفضل من تركها وهو الذى نختاره والله أعلم

المبحث الثانى

فى الجمع بين الصلاتين

أجمع العلماء على أن من السنة جمع الظهر مع العصر فى وقت الظهر بعرفة وجمع المغرب مع العشاء فى وقت العشاء بمزدلفة ثم اختلفوا فى حكم الجمع فيما عدا ذلك على ثلاثة مذاهب .

المذهب الأول : جواز الجمع بين الظهر مع العصر وبين المغرب مع العشاء تقديماً وتأخيرا لعذر شرعى وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة وجمهور العلماء على اختلاف بينهم فى الأعذار المبيحة للجمع كما يعرف ذلك فى كتب مذاهبهم .

المذهب الثانى : جواز الجمع بين الصلاتين الظهر مع العصر والمغرب مع العشاء تقديماً وتأخيرا مطلقا لعذر ولغير عذر وهو مذهب الشيعة الامامية ويروى عن أشهب (١) من المالكية وبعض أهل الظاهر

المذهب الثالث : منع الجمع بين الصلاتين مطلقا لعذر ولغير عذر فيما

(١) البداية جـ ١ صـ ١٦٧

عدا جمعى عرفة ومزدلفة وهو مذهب الحنفية والحسن البصرى ومكحول والنخعى .

ومنشأ الخلاف فى ذلك أمران (١) أولهما تعارض الآثار الواردة فى الجمع مع أحاديث توقيت الصلاة فمن رأى تخصيص أحاديث التوقيت بأحاديث الجمع أجازه ومن ذهب إلى عدم التخصيص وتأول الآثار الواردة فى الجمع منعه

ثانيهما : اختلافهم فى جواز القياس على جمعى عرفة ومزدلفة فمن ذهب إلى جواز القياس عليهما أجاز الجمع فى غيرهما ومن رأى عدم جواز القياس عليهما منع الجمع فيما عداهما .

الأدلة : أولا أدلة المذهب الأول .

استدل الجمهور على جواز الجمع بين صلاتى الظهر والعصر وبين صلاتى المغرب والعشاء لعذر بالأحاديث الآتية وهى .

١ - ما رواه البخارى ومسلم وأحمد عن أنس رضى الله عنه أنه قال « كان رسول الله ﷺ إذا رحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر إلى وقت العصر ثم نزل يجمع بينهما فإن زاغت قبل أن يرتحل صلى الظهر ثم ركب » وفى رواية لمسلم « كان إذا أراد أن يجمع بين الصلاتين فى السفر يؤخر الظهر حتى يدخل أول وقت العصر ثم يجمع بينهما وفى رواية ثالثة عن أنس عند الإسماعيلى والبيهقى والحاكم فى الأربعين وأبى نعيم فى مستخرجه بإسناد صحيح بلفظ « كان رسول الله ﷺ إذا كان فى سفر وزالت الشمس صلى الظهر والعصر جميعا ثم ارتحل .

٢ - ما رواه أحمد والترمذى وابن حبان والدارقطنى والبيهقى عن معاذ ابن جبل رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم « كان فى غزوة تبوك إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر حتى يجمعها إلى العصر يصليهما

---

(١) البداية لابن رشد جزء ١ ص ١٦٦

جميعا وإذا ارتحل بعد زيغ الشمس صلى الظهر والعصر جميعا ثم سار، وكان إذا ارتحل قبل المغرب أخر المغرب حتى يصليها مع العشاء وإذا ارتحل بعد المغرب عجل العشاء فصلاها مع المغرب

٣ ـ ما رواه أحمد والدارقطنى والبيهقى عن ابن عباس رضى الله عنهما « أن النبي ﷺ كان فى السفر إذا زاغت الشمس فى منزله جمع بين الظهر والعصر قبل أن يركب فإذا لم تزغ له فى منزله سار حتى إذا حانت العصر نزل فجمع بين الظهر والعصر وإذا حانت له المغرب فى منزله جمع بينها وبين العشاء وإذا لم تحن فى منزله ركب حتى إذا كانت العشاء نزل فجمع بينهما ، ورواه الشافعى فى مسنده وقال فيه وإذا سار قبل أن تزول الشمس أخر الظهر حتى يجمع بينها وبين العصر فى وقت العصر .

ووجه الدلالة فى هـــذه الأحاديث أنها نص فى جواز الجمع تقديما وتأخيراً فى السفر لفعل النبي ﷺ ذلك . ولما كان السفر مظنة المشقة ومن مقاصد الشارع رفعها جاز الحاق بقية الأعذار به تحقيقا لمقصد الشرع من التيسير ورفع الحرج ، ويؤيد ذلك ما يأتى :

٤ ـ ما رواه الأثرم (١) عن أبى سلمة ابن عبد الرحمن أنه قال « من السنة إذا كان يوم مطير أن يجمع بين المغرب والعشاء » فإن السنة إذا أطلقت تنصرف إلى سنة رسول الله ﷺ .

٥ ـ ما رواه مالك فى الموطأ عن نافع أن ابن عمر كان إذا جمع الأمراء بين المغرب والعشاء فى المطر جمع معهم . ومثله ما رواه الأثرم أن أبان ابن عثمان جمع بين المغرب والعشاء فى الليلة المطيرة فجمع معه عروة بن الزبير وأبو سلمة وأبو بكر بن عبدالرحمن ولم يعرف لهم مخالف فكان ذلك دليلا على جواز الحاق ما فيه مشقة من الأعذار بالسفر حتى يجوز الجمع بسببه .

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ ٢ صـ ١٩٢ .

٦ - ما رواه النسائى عن زينب بنت جحش أن النبي ﷺ قال لها حين استحيضت « تؤخر الظهر وتعجل العصر وتغتسل وتصلى وتؤخر المغرب وتعجل العشاء وتغتسل وتصليهما جميعا وتغتسل للفجر (١) .

٧ - ما رواه أبو داود وابن ماجه والدارقطنى والحاكم وأحمد والترمذى وصححاه عن حمنة بنت جحش أنها سألت رسول الله ﷺ عن الاستحاضة فقال لها « إن قويت على أن تؤخرى الظهر وتعجلى العصر فتغتسلين ثم تصلين الظهر والعصر جميعاً ثم تؤخرى المغرب وتعجلى العشاء ثم تغتسلين وتجمعين بين الصلاتين فافعلى . . . الحديث » وهذان الحديثان يدلان على جواز الجمع بين الصلاتين للمريض لأن الاستحاضة من أنواع المرض (٢) ومثـــل المريض كل من تلحقه مشقة لأن علة الترخيص فى الجمع إنما هى المشقة التى تلحق بتركه .

ثانيا : أدلة المذهب الثانى :

استدل الامامية من الشيعة ومن وافقهم على جواز الجمع لغير عذر بمـا يأتى :

١ - ما أخرجه أحمد ومسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال صلى رسول الله ﷺ « الظهر والعصر جميعا والمغرب والعشاء جميعا من غـير خوف ولا سفر » وفى رواية أخرى « أن النبي ﷺ جمع بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء بالمدينة من غير خوف ولا مطر قيـل لابن عباس ما أراد بذلك قال أراد أن لا يحرج أمته .

٢ - ما رواه الطبرانى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال « جمع رسول الله ﷺ يعنى بالمدينة بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء فقيل له فى ذلك فقال صنعت ذلك لئلا تحرج أمتى (٣)

---

(١) الشوكانى جزء ١ نيل الأوطار ص ٢٣٥

(٢) نيل الأوطار الشوكانى جزء ١ صـ ٢٣٧

(٣) نيل الأوطار الشوكانى جزء ٢ صـ ١٨٣

ووجه الدلالة فى الحديثين أنهما ظاهران فى أن رسول الله ﷺ جمع فى الحضر من غير عذر كما هو مقتضى حديث ابن عباس بروايتيه وإطلاق حديث ابن مسعود والتعليل بنفى الحرج عن الأمة إذ كل ذلك يدل على أن الجمع كان من غير عذر لارادة التيسير على الأمة ورفع الحرج عنها ويؤيد ذلك ما رواه مسلم عن ابن عباس أنه لما خطب الناس حتى كادت صلاة المغرب تفوت وقال له رجل من بنى تميم الصلاة الصلاة فقال له ابن عباس أتعلمنا بالصلاة كنا نجمع بين الصلاتين على عهد رسول الله ﷺ فإن ظاهر هذا منه أن الجمع كان من غير عـــذر وهو الذى روى حديث جمع النبى ﷺ بالمدينة فيكون أدرى بالمراد منه .

ثالثاً أدلة المذهب الثالث :

استدل الحنفية ومن وافقهم على عدم جواز الجمع بين الصلاتين مطلقا إلا جمعى عرفة ومزدلفة بالأدلة الآتية :

١ — ما رواه أحمد والنسائى وابن حبان والحاكم والترمذى وقال البخارى هو أصح شىء فى المواقيت عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن جبريل أم النبى ﷺ فى الصلاة يومين متتاليين . بين له فى أولهما أول الأوقات وفى ثانيهما آخرها وقال له ما بين هذين الوقتين وقت .

٢ — ومثله ما رواه أحمد والدارقطنى وابن خزيمة والحاكم والترمذى وقال هو حديث حسن . عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قال أمنى جبريل عند البيت مرتين . . . ثم قال يا محمد هذا وقت الأنبياء من قبلك والوقت فيما بين هذين الوقتين . . ووجه الدلالة فى الحديثين أن بيان جبريل لأول الأوقات وآخرها وقوله « الوقت ما بين هـــذين الوقتين » يقتضى عدم جواز إخراج الصلاة عن وقتها تقديما أو تأخيراً لما فى هـذا البيان من الحصر فيمتنع الجمع بين الصلاتين لأنه إخراج لاحداهما عن وقتها .

٣ - ما رواه مسلم عن أبي قتادة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ليس في النوم تفريط إنما التفريط على من لم يصل الصلاة حتى يجيء وقت الصلاة الأخرى» ، ومثله ما رواه أبو داود والنسائي والترمذي بسند صحيح عن أبي قتادة أيضاً أن النبي ﷺ قال «ليس في النوم تفريط إنما التفريط في اليقظة» ، وهذا يدل على إثم من أخر الصلاة عن وقتها عمداً لوصفه بأنه مفرط فيقتضي عدم جواز الجمع بين الصلاتين تأخيراً لما فيه من تأخير الصلاة الأولى عن وقتها ويؤخذ منه بالأولى عدم جواز الجمع تقديماً .

٤ - ما رواه مالك في الموطأ والبخاري وأبو داود والنسائي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال «ما رأيت رسول الله ﷺ صلى صلاة لغير ميقاتها إلا صلاتين جمع بين المغرب والعشاء بالمزدلفة وصلى الفجر يومئذ قبل ميقاتها» . ووجه الدلالة فيه أن ابن مسعود نفى وقوع الجمع من رسول الله ﷺ في غير المزدلفة وهذا يدل على أن الجمع في غيرها ممتنع إذا كان فيه إخراج للصلاة عن وقتها .

المناقشة : أولا : مناقشة أدلة المذهب الأول .

ورد على أدلة الجمهور وهم القائلون بجواز الجمع لعذر ما يأتي :

أولا : أورد عليهم الشيعة أن الأحاديث الدالة على جواز الجمع في السفر وغيره من الأعذار لا تختص بموردها لأن علة الجمع فيها مطلقة وهي رفع الحرج عن الأمة وهو لا يختص بسبب خاص من سفر أو مرض أو غيرهما فتعتبر هذه الأحاديث بمثابة العام الذي يرد على سبب خاص فلا يختص به بل يطرد في جميع ما يصدق عليه ويؤيد ذلك جمع ابن عباس بين المغرب والعشاء حينما خطب في الناس وهو الراوي لحديث جمعه ﷺ فيكون أعرف بمراده .

- ... عن ذلك بأنا نسلم عدم اختصاصها بموردها بل نقول إنها عامة

فى كل ما يشبه موردها من الأعذار التى يشق معها أداء الصلوات فى أوقاتها وذلك هو ما يقتضيه تعليل الجمع برفع الحرج عن الأمة فإن الحرج إنما يكون عند العذر ولا حرج عند انتفائه وإلا لما كان للتوقيت فائدة ولما صح وصف من أخر الصلاة عن وقتها بأنه مفرط كما ثبت ذلك فى الأحاديث السابقة.

ثانيا: أورد عليهم الحنفية ما يأتى:

١ – من جهة الدلالة أن أحاديث الجمع محمولة على الجمع الصورى وهو أن يؤخر الصلاة الأولى لآخر وقتها فيوقعها فيه ويعجل الثانية فى أول وقتها فيصليها فيه وبذلك يكون قد جمع بينهما. ويؤيد ذلك ما أخرجه ابن جرير عن ابن عمر أنه قال خرج علينا رسول الله ﷺ فكان يؤخر الظهر ويعجل العصر فيجمع بينهما ويؤخر المغرب ويعجل العشاء فيجمع بينهما. وهذا هو الجمع الصورى، كما يؤيده أيضا ماسبق فيما رواه البخارى وغيره عن ابن مسعود أنه قال ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى صلاة لغير ميقاتها إلا صلاتين جمع بين المغرب والعشاء بمزدلفة وصلى الفجر يومئذ قبل ميقاتها، فإن ابن مسعود ممن روى حديث الجمع بالمدينة فيتعين حمله على الصورى جمعا بين روايتيه ولئلا تتعارض مع أحاديث التوقيت.

٢ – من جهة السند أن حديث معاذ فيه مقال إذ قال فيه أبو داود إنه منكر وقال ابن حزم إنه منقطع لأنه من رواية يزيد ابن أبى حبيب عن أبى الطفيل ولا يعرف له عنه رواية.

وأما حديث ابن عباس فهو من طريق حسين بن عبدالله بن عبيد الله وقد ضعفه العلماء كابن معين وأحمد بن حنبل وأبى حاتم فكان كل من هذين الحديثين غير صالح الحجية.

وأجيب عن الأول وهو حمل الأحاديث على الجمع الصورى بأن المتبادر إلى الفهم من لفظ الجمع هو إيقاع الصلاتين فى وقت إحداهما

لحمله على الصورى خلاف الظاهر على أن بعض الأخبار جاءت صريحة بالجمع في وقت إحدى الصلاتين كما فى رواية مسلم عن أنس ورواية الشافعى عن ابن عباس ومما يمنع الحمل على الجمع الصورى ما صرح به فى الأحاديث الصحيحة من جمع التقديم كما فى رواية الإسماعيلى والبيهقى عن أنس .

وأما حديث ابن عمر فيعارضه ما صح من رواية الجماعة أن ابن عمر قد جمع فى السفر بين المغرب والعشاء جمع تأخير وقال إن النبي ﷺ كان يفعل ذلك إذا جد به السير فوجب حمل رواية ابن جرير عنه على أن الجمع كان لغير عذر ، وكذلك يحمل حديث ابن مسعود فى نفى الجمع على أنه ﷺ لم يجمع لغير عذر . وأن روايته للجمع بالمدينة إنما كان فى الجمع لعذر فإنه قد روى فيها عن النبي ﷺ التعليل بنفى الحرج وذلك ظاهر فى العذر دون غيره ، وبهذا يتبين أن لا تعارض بين أحاديث الجمع وأحاديث التوقيت لحملها على غير ذوى الأعذار .

وأجيب عن الثانى وهو الطعن فى سند الحديثين عن معاذ وابن عباس بأن حديث معاذ قد حسنه الترمذى وصححه ابن حبان وأصله فى صحيح مسلم : وأن حديث ابن عباس له طريقان أخريان ليس فيهما الحسين بن عبد الله فقد أخرجه كل من يحي بن عبد الحميد الحمانى والقاضى إسماعيل فصلح الحديثان للحجية على جواز جمع التقديم والتأخير عند العذر .

ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الثانى :

ورد على الشيعة الامامية ومن وافقهم على جواز الجمع لغير عذر أن حديث ابن عباس الذى فيه إثبات الجمع لغير خوف ولا سفر ولا مطر لا يدل على جواز الجمع لغير عذر لأن نفى بعض الأعذار الخاصة لا يستلزم نفى جميع الأعذار لجواز أن يكون الجمع لعذر آخر غير ما ذكر ، وهذا هو المتعين ، وإلا لما كان للتعليل برفع الحرج فائدة إذ من المعلوم أن الحرج إنما

يكون عند العذر وأن لا حرج عند انتفائه ويدل على ذلك أن النبي ﷺ حكم على من أخر الصلاة حتى يجيء وقت الأخرى بأنه مفرط فيكون آثما ولذا أجمع الصدر الأول على أن الجمع لغير عذر لا يجوز (١)

وكذلك يحمل حديث ابن مسعود لما تقـــدم من وجوب الجمع بين روايتيه .

وأما استنادهم إلى فعل ابن عباس حين خطب الناس وأخر المغرب فيجاب عنه بأنه فعل ذلك لعذر كما يدل عليه رواية النسائي عنه أنه صلى في البصرة الظهر والعصر ليس بينهما شيء وفعل ذلك من شغل فإن الشغل يعتبر عذرا إذا كان في ترك الجمع حرج ، هذا فضلا عن أن القول بجواز الجمع بغير عذر يؤدي إلى إلغاء أحاديث التوقيت وما دلت عليه من الحصر الذي يقتضي عدم جواز إخراج الصلاة عن وقتها وإذن فيجب حمل أحاديث الجمع على ما كان لعذر جمعا بين الأدلة .

ثالثا : مناقشة أدلة المذهب الثالث .

ورد على أدلة الحنفية أن أحاديث التوقيت مخصصة بأحاديث الجمع ويؤيد ذلك انعقاد الإجماع على مشروعيته بعرفة ومزدلفة وأما قوله ﷺ « إنما التفريط في اليقظة » فمحمول على ما كان لغير عذر وكذلك حديث ابن مسعود جمعا بين روايتيه كما تقدم ؛

المختار : قد تبين مما سبق في مناقشة أدلة المذاهب في هـذه المسألة أن أقواها وأسلمها في النظر هي أدلة القائلين بجواز الجمع لعذر فيتعين ترجيح قولهم ولا سيما أنه أقرب الأقوال إلى روح التشريع الذي دل عليه شرعية الجمع بعرفات ومزدلفة بسبب الحاجة إلى الاشتغال بالنسك وهـذا المعنى موجود في كل الأعذار التي يشق معها أيضا الصلوات في أوقاتها فكان من

---

(١) الشوكاني ج ٢ ص ١٩٣ نيل الأوطار

رحمة الله بعباده أن شرع لهم الجمع عند الحاجة رفعا للحرج عنهم وتيسيرا لهم وهذا ما نختاره والله أعلم .

المبحث الثالث

فى العدد الذى تنعقد به الجمعة

أجمع العلماء على أن الجمعة لا تنعقد إلا بالجماعة لأن النبى ﷺ لم يصلها بدون جماعة قط ، ثم اختلفوا فى قدر العدد المطلوب لانعقادها على مذاهب كثيرة نقتصر على أهمها فيما يلى :

أولا : أن الجمعة لا تصح بأقل من اثنى عشر رجلا مع الإمام ولا بد من أن يكونوا من جماعة يمكن أن تستغنى وتأمن بهم قريه ـ وهو مذهب المالكية . ويروى عن ربيعة والزهرى .

ثانيا : أنها لا تصح بأقل من أربعين منهم الإمام . وهو مذهب الشافعية والمشهور عند الحنابلة . ويروى عن عبيد الله بن عبدالله بن عتبة وإسحاق وعمر بن عبد العزيز .

ثالثا : أنها لا تصح بأقل من ثلاثة مع الإمام ، وهو مذهب أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف تصح بثلاثة أحدهم الامام .

رابعا : أنها تصح بواحد مع الامام ، وهو مذهب الظاهرية والطبرى والحسن بن حيّ والنخعى واختاره الشوكانى (١) .

منشأ الخلاف : يؤخذ من كلام ابن رشد (٢) أن منشأ الخلاف فى هذه المسألة هو الاختلاف فى أقل ما يطلق عليه اسم الجمع وهل يدخل فيه الامام أم لا ، ثم هل الجماعة المطلوبة فى الجمعة كالجماعة فى غيرها من الصلوات أم

---

(١) نيل الأوطار جـ ٣ صـ ١٩٣ (٢) بداية المجتهد جـ ١ صـ ١٥٣

أنها تختص باشتراط عدد أكثر من سواها .

الأدلة : أولا : أدلة المذهب الأول .

استدل القائلون بأنها لا تصح بأقل من اثنى عشر مع الإمام بما رواه البخارى ومسلم وأحمد والترمذى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يخطب قائما يوم الجمعة فجاءت عير من الشام فانفض الناس إليها إلا إثنى عشر رجلا فنزلت هذه الآية « وإذا رأوا تجارة أو لهوا انفضوا إليها وتركوك قائما » .

ووجه الدلالة أن الآية أجمعت على اشتراط العدد فى الجمعة . فلا تصح إلا بعدد يثبت بالدليل لأن تحديد العدد لا يدرك إلا بتوقيف من الشارع وليس للرأى فيه مجال وقد ثبت بحديث جابر هذا أنها تصح اثنى عشر ولم يثبت أنه عليه الصلاة والسلام صلاها بأقل من هذا العدد وقد قال النبى ﷺ : « صلوا كما رأيتمونى أصلى » فلزم ألا تصح بأقل منه .

ثانيا : أدلة المذهب الثانى

استدل القائلون بأنها لا تصح بأقل من أربعين منهم الإمام بما رواه أبو داود وابن ماجه والبيهقى وابن حبان بإسناد صحيح عن عبد الرحمن بن كعب بن مالك عن أبيه أنه قال : « أول من جمع بنا فى المدينة أسعد ابن زرارة قبل مقدم النبى ﷺ المدينة فى نقيع الخضمات ونحن يومئذ أربعون رجلا . وقالوا فى وجه الاستدلال به مثل ما قاله أصحاب المذهب الأول فى استدلالهم بحديث جابر ، وهو أنه لم يثبت صلاتها بأقل من أربعين فوجب ألا تصح بأقل منهم إلى آخر وجه الدلالة فيما سبق .

ثالثاً : أدلة المذهب الثالث .

استدل القائلون بأنها لا تصح إلا بثلاثة مع الإمام بقوله تعالى : « إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله » ، وقالوا فى وجه الاستدلال : إن قوله تعالى : فاسعوا خطاب للجمع والجمع الصحيح هو

الثلاث لكونه جمعا فى اللفظ والمعنى - وقوله تعالى . إلى ذكر الله - يقتضى ذاكرا وهو الإمام . فكان مجموع من دلت عليه الآية : أربعة فلا تصح بأقل منهم .

رابعا : أدلة المذهب الرابع .

استدل القائلون بصحتها بواحد مع الإمام بما رواه الجماعة عن مالك بن الحويرث أنه لما أراد السفر هو وصاحب له . قال لهما : رسول الله صلى الله عليه وسلم : إذا حضرت الصلاة فأذنا وأقيما وليؤمكما أكبركما . وقالوا فى وجه الإستدلال . - إن هذا الحديث قد دل على أن الإثنين فما فوقهما جماعة شرعا وقد قال الله تعالى : « إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله » فأوجب السعى على الجماعة وهى مابينها الحديث السابق ولم يثبت دليل على اختصاص الجمعة بعدد خاص فوجب أن تكون الجماعة فيها كالجماعة فى سواها من الصلوات وحيث وجبت على الإثنين فما فوقهما إقتضى ذلك أن تصح منهما وتنعقد بهما ؛

المناقشـــه : أولا مناقشة أدلة المذهب الأول

نوقش استدلال المالكية ومن معهم بحديث جابر من وجهين

الوجه الأول : وهو وارد من قبل من يقول بصحة الجمعة بأقل من اثنى عشر وهو أن قصارى حديث جابر الدلالة على صحة الجمعة بالاثنى عشر وهى لاتنافى صحتها بأقل من هذا العدد إذلاحصر فيه . وكون النبى ﷺ لم يصلها بأقل منه لا يستلزم اشتراطه لجواز أن تصح بالأقل عملا بمقتضى الحديث الدال على أن الإثنين فما فوقهما جماعة فيتحقق بهما مدلول الآية من طلب الجماعة فى قوله تعالى (فاسعوا إلى ذكر الله) .

ويجاب عن هذا الوجه بأن صحتها بالأقل لا تثبت بمجرد الاحتمال بل لا بد من دليل خاص حيث كانت الجماعة شرطا فيها إجماعا مخالفت سائر الصلوات فى ذلك فلا يبعد اختصاصها بجماعة تكون أزيد من الجماعة فى غيرها

وذلك مما يرشد إليه اعتناء القرآن بشأنها وتشديده الأمر فيها حتى أوجب السعى إليها وحرم البيع وقت ندائها - وحيث جاز اختصاصها بعدد خاص ولم يثبت فيه أكل مما جاء فى حديث جابر وجب الوقوف عنده فلا تصح بدونه لأن تحديد العدد مما لا يدرك إلا بالتوقيف

الوجه الثانى : وهو وارد من قبل القائلين باشتراط الأربعين فى صحة الجمعة وهو أن انفضاض من عدا الاثنى عشر لا يمنع إحتمال عودتهم أو حضور غيرهم ممن يكمل الأربعين بل قد جاء فى رواية الدارقطنى والبيهقى أنهم انفضوا فلم يبق إلا أربعون رجلا .

ويجاب عن هـــذا الوجه : بأن احتمال العودة أو مجىء من يكمل الأربعين بمجرد احتمال بلا دليل وهو خلاف الظاهر فلا يقدح فى الدلالة

وأما رواية الدارقطنى والبيهقى فقد تفرد بها على بن عاصم وهو سىء الحفظ فلا يعول عليها لا سيما عند معارضتها لرواية البخارى ومسلم .

ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الثانى .

نوقش قولهم إنها لم تصل بأقل من أربعين بأن حديث جابر السابق ظاهر الدلالة فى أنها صليت باثنى عشر

ثالثا : مناقشة أدلة المذهب الثالث .

نوقش قولهم فى وجه الاستدلال بالآية - أنها خطاب الجماعة وأقلهم ثلاثة . بأن ذلك فى اللغة - وأما فى لسان الشرع فقد جعل الاثنين جماعة فضلا عن أن الآية قد طلبت جماعة مطلقة ، فتصدق بالأقل والأكثر فإذا جاءت السنة ببيان عدد خاص كان ذلك تقييدا الآية فيلزم الوقوف عنده - وعدم صحتها بدونه - أخذا من قوله ﷺ « صلوا كما رأيتمونى أصلى » ولم يثبت أنه صلاها بأقل من اثنى عشر .

رابعا : مناقشة أدلة المذهب الرابع

يرد عليهم أن قولهم فى الجمعة هى كسائر الصلوات فى الجماعة ممنوع

لأن الظاهر من احتفاء الشارع بأمرها حيث أفردها بالذكر واختصها بإيجاب السعى إليها والنهى عن البيع عند ندائها ـ كل ذلك يدل على أن الشارع قد جعلها شعيرة من شعائر الإسلام فلا بد فيها من جمع تظهر به هذه الشعيرة وحديث جابر هو بيان لأقل عدد أقيمت به فوجب الوقوف عنده ، وإلا تصح بدونه .

ومن هذه المناقشات السابقة يظهر رجحان القول بأنها لا تصح بأقل من اثنى عشر ، وأن ذلك هو الذى تظهر به مزيتها وتتحقق معه الحكمة من شرعيتها ـ وهو المختار ـ والله أعلم .

المبحث الرابع

فى حكم تعدد الجمعة فى البلد الواحد

اختلف العلماء فى حكم تعدد الجمعة فى البلد الواحد على ثلاثة أقوال :

الأول : جواز تعددها عند الحاجة فقط - وهو مذهب المالكية (١) ومشهور مذهب الحنابلة (٢) وقول ابن سريج وأبى إسحاق المروزى والمختار عند المزنى وأكثر الأصحاب عند الشافعى (٣)

والثانى : عدم جواز تعددها فى البلد الواحد مطلقا وهو مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف (٤) وقول الشافعى (٥) وأكثر العترة من الشيعة (٦)

الثالث : جواز تعددها مطلقا وهو قول محمد من أصحاب أبى حنيفة ورواه عن الإمام أيضا ـ وقال السرخسى ـ هو الصحيح من مذهب أبى

---

(١) دسوقى جـ ١ صـ ١٣٣ — (٢) المغنى جـ ٢ صـ ١٨٥

(٣) مجموع جـ ٤ صـ ٥٨٥ — (٤) فتح القدير جـ ١ صـ ٤١١

(٥) المجموع جـ ٤ صـ ٥٨٤ — (٦) البحر جـ ٢ صـ ١١

حنيفة (١) وهو مذهب الظاهرية ويروى عن عطاء

الأدلة : أولا أدلة المذهب الأول .

استدل المالكية والحنابلة ومن معهم على جواز تعدد الجمعة عند الحاجة بأمرين .

الأول : قالوا إن عدم جواز التعدد عند الحاجة يؤدى إلى الحرج وهو مرفوع عن الأمة بنص القرآن فى قوله تعالى : (ما جعل عليكم فى الدين من حرج) ـ كما أن جواز التعدد عند عدم الحاجة يؤدى إلى مخالفة ما كان عليه النبى ﷺ والخلفاء من بعده حيث لم ينقل عنهم أنهم جمعوا أكثر من جمعة فى بلد واحد مع عدم الحاجة . فوجب القول بجواز التعدد للحاجة وعدم جوازه عند عدمها جمعا بين نصوص الكتاب والسنة .

الثانى : قالوا لما اتسعت الأمصار ودعت الحاجة إلى التعدد صليت فى أماكن ولم ينكر ذلك فكان إجماعا (٢)

ثانيا : أدلة المذهب الثانى :

استدل المانعون من تعدد الجمعة مطلقا فى البلد الواحد بما يأتى :

١ - أن النبى ﷺ والخلفاء من بعده لم يجمعوا إلا فى مسجد واحد مع تعدد المساجد بالمدينة . فقد روى أبو داود فى مراسيله عن بكير بن الأشجى وأخرج البيهقى فى المعرفة أنه كان بالمدينة تسعة مساجد مع مسجده ﷺ ولم يكونوا يصلون ـ يعنى الجمعة ـ إلا فى مسجده ﷺ - وروى البخارى أن أهل العوالى كانوا يصلون الجمعة مع النبى ﷺ . ورى بن خزيمة وابن ماجه أن أهل قبائن كانوا يصلون معه عليه الصلاة والسلام وروى الترمذى عن رجل من أهل قباء عن أبيه أنه قال : أمرنا رسول الله ﷺ أن نشهد الجمعة من قباء ، وروى البيهقى أن أهل ذى الحليفة كانوا

---

(١) فتح القدير جـ ١ ص ٤١١ (٢) المغنى جـ ٢ ص ١٨٩

يجمعون بالمدينة - ولم ينقل عنه عليه الصلاة والسلام أنه أذن لأحد فى إقامة الجمعة فى شىء من مساجد المدينة ولا فى القرى التى بقربها ولو جاز التعدد لما عطلوا تلك المساجد (١) .

٢ - ما رواه ابن المنذر عن ابن عمر أنه كان يقول : لا جمعة إلا فى المسجد الأكبر الذى يصلى فيه الإمام .

ثالثا : أدلة المذهب الثالث - استدل المجيزون للتعدد مطلقا بما يأتى :

أولا : بقوله تعالى : « إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله » .

ووجه الدلالة - أنه لم يقل فى موضع ولا موضعين ولا أقل ولا أكثر فشمل ذلك كله (٢) .

ثانيا : بما رواه عبد الرزاق من حديث عبد الرحمن السلمى عن على ، ورواه ابن أبى شيبة أيضا عن على أنه قال : « لا جمعة ولا تشريق إلا فى مصر جامع » .

وقالوا فى وجه الدلالة . إنه لم يشترط فى صحة الجمعة من حيث الموضع الذى تقام فيه إلا كونه مصرا جامعا . فإذا تحقق ذلك صحت الجمعة فى كل موضع منه (٣)

المناقشة : أولا مناقشة أدلة المذهب الأول .

ورد على أدلة القائلين بالتعدد للحاجة ما يأتى : -

١ - من قبل المانعين مطلقا - أن ذلك مخالفا لما كان عليه السلف من تجميعهم فى مسجد واحد كما سبق .

وأجيب عن ذلك بأنه لم تكن ثمة حاجة إلى التعدد حينئذ بدليل أنه لما

---

(١) التلخيص لابن حجر بذيل المجموع جـ ٤ ص ٤٩٨

(٢) المحلى لابن حزم جـ ٥ ص ٥٣ (٣) فتح القدير جـ ١ ص ٤١١

وهى الحاجة بعد ذلك إلى التعدد صليت فى أماكن كثيرة دون إنكار من أحد، فضلا عن أن الصحابة، كانوا يحرصون على شهود الجمعة مع النبى ﷺ لسماع خطبته. إذ هو المشرع للأحكام المبلغ لها عن الله تعالى،

٢ — وورد عليهم من قبل المجيزين مطلقا — أن ذلك يخالف إطلاق الآية وحديث على السابق.

ويجاب عن ذلك بأن الاطلاق مقيد بعمل السلف من لدن النبى ﷺ والخلفاء من بعده:

ثانيا: مناقشة أدلة المذهب الثانى.

ورد على المانعين للتعدد مطلقا أن ذلك يؤدى إلى الحرج وهو مرفوع بنص القرآن.

ثالثا: مناقشة أدلة المذهب الثالث

ورد على المجيزين مطلقا أن إطلاق الآية وحديث على مقيد بالسنة — لجواز التعددلغير الحاجة يعد أنه مخالف للسنة مضيع للحكمة التى شرعت من أجلها إقامة الجمعة.

المختار:

يظهر من النظر السابق — أن أوسط المذاهب وأعدلها أولها — وهو الجواز عند الحاجة والمنع عند فقدها لما فيه من الجمع بين الأدلة ولموافقته روح التشريع من رفع الحرج مع المحافظة على حكمة شرعية الجمعة وجعلها عيد الأسبوع شرعا — والله أعلم.

المبحث الخامس

اجتماع العيد والجمعة فى يوم واحد

إذا اجتمع العيد والجمعة فى يوم واحد فقد اختلف العلماء هل يرخص فى ترك الجمعة أم لا ؟ على أربعة مذاهب .

المذهب الأول : أنه يرخص فى ترك الجمعة لمن صلى العيد مطلقا أى سواء كان من أهل البلدة التى تقام فيها الجمعة أم من القرى التابعة لها وسواء كان إماما أم مأموما - وهو مذهب أحمد على إحدى الروايتين عنه فى سقوطها عن الإمام - ويروى عن الشعبى والنخعى والأوزاعى وعطاء كما يروى أيضا عن على وابن عباس وابن الزبير رضى الله عنهم ؛

المذهب الثانى : أنه يرخص فى ترك الجمعة لأهل القرى التابعة للبلدة التى تقام فيها دون سواهم - وهو مذهب الشافعى وبه قال عثمان بن عفان وعمر ابن عبد العزيز .

المذهب الثالث : أنه يرخص فى ترك الجمعة لمن عدا الإمام وثلاثة وهو مذهب بعض الشيعة ووافقهم أحمد فى وجوبها على الإمام فى المشهور من مذهبه

المذهب الرابع : لا يرخص فى ترك الجمعة لأحد ممن تجب عليهم سواء فى ذلك من صلى العيد ومن لم يصله بل المكلف مخاطب بهما جميعا ولا تنوب إحدى الصلاتين عن الأخرى . وهو مذهب الحنفية والمالكية والظاهرية .

الأدلة : أولا . أدلة المذهب الأول ,

استدل الحنابلة ومن وافقهم على الترخيص فى ترك الجمعة لمن صلى العيد بما يأتى :

١ - ما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والنسائى والحاكم عن زيد بن أرقم رضى الله عنه : أن معاوية سأله هل شهدت مع رسول الله صلى الله عليه

وسئل عيدين اجتمعا ؟ قال نعم . صلى العيد أول النهار ثم رخص فى الجمعة فقال : من شاء أن يجمع فليجمع ،

٢ ـ ما رواه أبو داود وابن ماجه والحاكم عن أبى هريرة رضى الله عنه أن رسول الله ﷺ قال : « قد اجتمع فى يومكم هذا عيدان . فمن شاء أجزأه من الجمعة . وإنا مجمعون » .

ووجه الدلالة فيهما أنهما صريحان فى الترخيص بترك الجمعة لمن صلى العيد لقوله عليه الصلاة والسلام فى الحديث الأول « من شاء أن يجمع فليجمع » وقوله فى الثانى : « فمن شاء أجزأه من الجمعة » . فإن تخييره ﷺ فى الجمعة يدل على عدم وجوبها فى حق من صلى العيد فقط بدليل قوله عليه السلام « فمن شاء أجزأه من الجمعة » لأن اجزاء العيد عن الجمعة إنما يكون لمن صلاه .

٣ ـ ما رواه أبو داود والنسائى عن عطاء بن أبى رباح أنه قال : « صلى ابن الزبير يوم عيد فى يوم جمعة أول النهار ثم رحنا إلى الجمعة فلم يخرج إلينا فصلينا وحدانا . وكان ابن عباس بالطائف فلما قدم ذكرنا له ذلك فقال : « أصاب السنة » . ووجه الدلالة فيه أن ابن الزبير لما لم يخرج لصلاة الجمعة وهو الإمام حينئذ دل ذلك على سقوطها عمن صلى العيد سواء أكان إماما أم مأموما ، وقد قال ابن عباس ان ذلك موافق لسنة رسول الله ﷺ

ثانيا : أدلة المذهب الثانى .

استدل الشافعية على أن الترخيص فى ترك الجمعة خاص بأهل القرى دون أهل بلد الجمعة

بما رواه البخارى ومالك فى الموطأ أن عثمان بن عفان قال فى خطبته « أيها الناس . قد اجتمع عيدان فى يومكم فمن أراد من أهل العالية أن يصلى معنا الجمعة فليصل ، ومن أراد أن ينصرف فلينصرف » ولم ينكر عليه أحد

ووجه الدلالة أنه إنما خير فى ترك الجمعة أهل العالية دون أهل البلد

فدل ذلك على أن الترخيص خاص بهم . وذلك لأن المشقة تلحقهم إذا أقاموا فى بلد الجمعة لصلاتها . كما تلحقهم إن رجعوا إلى قراهم ثم عادوا لصلاتها ، مع الأمام بخلاف أهل البلد فلا مشقة عليهم حتى يرخص لهم فى ترك الجمعة

ثالثا : أدلة المذهب الثالث :

استدل القائلون بالترخيص لغير الإمام وثلاثة بحديث أبى هريرة السابق وفيه أن النبى ﷺ قال : « وإنا مجمعون » ، ووجه الدلالة أنه عليه الصلاة والصلام لما خير غيره دل ذلك على أنه لا تخيير فى حق الإمام فتكون واجبة عليه . ولما كانت الجماعة شرطا فى الجمعة وجب أن يكون معه عدد تصح به .

رابعا أدلة المذهب الرابع ،

استدل الحنفية والمالكية على أنه لا ترخيص فى الجمعة وأن المكلف مخاطب بكل من العيد والجمعة بالكتاب والسنة والمعقول .

١ ـ أما الكتاب فقوله تعالى : « إذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا إلى ذكر الله .

٢ ـ وأما السنة فكثيرة نقتصر منها على ما يلى :

أولا : ما رواه أبو داود والحاكم عن طارق بن شهاب رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : الجمعة حق واجب على كل مسلم فى جماعة إلا أربعة : عبد مملوك . أو امرأة ، أو صبى . أو مريض » .

وثانيا : ما رواه النسائى عن حفصة رضى الله عنها أن النبى ﷺ قال : « رواح الجمعة واجب على كل محتلم .

ووجه الدلالة أن كلا من الآية والحديثين عام يشمل كل مسلم إلا من أخرجه الحديث ولا فرق فى ذلك بين أن تكون الجمعة فى يوم عيد أم لا فدل ذلك على أنها لا تسقط بصلاة العيد .

٣ـ وأما المعقول . فقالوا إن صلاتى العيد والجمعة مشروعتان فلا تسقط إحداهما بالأخرى . وذلك لأن صلاة العيد تطوع وتركها بدعة وضلالة وصلاة الجمعة فريضة فلا تسقط بالتطوع .

المناقشة : أولا مناقشة أدلة المذهب الأول .

ورد على أدلة القائلين بالترخيص فى الجمعة لمن صلى العيد ما يأتى :

أولا : أورد عليهم القائلون بعدم الترخيص أن ما احتجوا به من الأحاديث لا يصلح للحجية ـ أما حديث زيد ابن أرقم فلأنه من طريق إياس بن أبى رملة وهو مجهول .

وأما حديث أبى هريرة ففيه بقية ابن الوليد وهو متكلم فيه ولهذا قال النووى (١) إن إسناده ضعيف وقال أحمد بن حنبل والدارقطنى إنه مرسل .

وأما حديث ابن الزبير ففيه عبد الحميد بن جعفر وقد قال فيه ابن حزم « ليس بالقوى » وحيث لم يصح شىء من هذه الأحاديث فلم تصلح للحجية ولا يجوز تخصيص عموم الأدلة التى أفادت وجوب الجمعة بها .

وأجيب عن ذلك بأن حديث زيد قد صححه كل من الحاكم والذهبي وابن المدينى ، وقال فيه النووى : إسناده جيد ، وإذن فهو صالح للحجية ,

وأما حديث أبى هريرة فقد عضده غيره وهو حديث زيد السابق وحديث عثمان بن عفان وهو صحيح رواه البخارى وغيره وبذلك صلح هذا الحديث أيضا للحجية .

وأما حديث ابن الزبير فقد قال فيه النووى « إسناده حسن أو صحيح على شرط مسلم » وقال الشوكانى : « رجاله رجال الصحيح » اهـ ،

وذلك لأن عبدالحميد بن جعفر ثقة أخرج له مسلم فصلح للاحتجاج به ، وبهذا

---

(١) مجموع جـ ٤ صـ ٤٩٢ (٢) شوكانى جـ ٣ صـ ٢٣٩ .

يتبين أن الأحاديث الثلاثة بمجموعها تصلح مخصصة لعموم أدلة وجوب الجمعة

ثانيا أورد عليهم القائلون بأن الترخيص خاص بغير أهل بلد الجمعة أن أحاديث الترخيص محمولة على أهل القرى بدليل قول عثمان « من أراد من أهل العالية أن يصلى . . . الحديث » حيث رخص لأهل العالية فقط . وهى من القرى التابعة للمدينة . وهذا مما لا يدرك بالرأى فكان توقيفا - ولذلك لم ينكر عليه أحد .

وأجيب عن ذلك بأن أحاديث الترخيص الواردة عن رسول الله ﷺ عامة تشمل أهل القرى وغيرهم من أهل بلد الجمعة . ولا يصلح قول عثمان رضى الله عنه مخصصا لها لأنه من باب تخصيص بعض أفراد العام بالذكر وهو لا يخصص العام كما يدل على ذلك فعل ابن الزبير وقول ابن عباس إنه أصاب السنة كما سبق .

ثالثا : أورد عليهم القائلون بأن الترخيص خاص بمن عدا الإمام ومن تصح بهم الجمعة معه أن قوله ﷺ « إنا مجمعون » يدل على أن الترخيص إنما هو فى حق غير الإمام والعدد الذى به تصح الجمعة فيحمل سائر الأحاديث عليه - وأجيب عن ذلك بأن قول الرسول صلى الله عليه وسلم « إنا مجمعون » إنما هو مجرد إخبار منه بأنه اختار التجميع لنفسه ومجرد اختياره التجميع لا يدل على وجوبه ويؤيد ذلك ترك ابن الزبير الخروج للجمعة وهو يومئذ الإمام ولم ينكر عليه أحد فضلا عن أن قول ابن عباس إنه أصاب السنة يدل على أن فعل ابن الزبير هذا مطابق لسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك .

ثانيا : مناقشة أدلة المذهب الثانى .

ورد على الشافعية ما سبقت الإشارة إليه من أن فعل عثمان لا يصلح مخصصا لأحاديث الترخيص بدليل فعل ابن الزبير .

ثالثا : مناقشة أدلة المذهب الثالث

ورد عليهم ما تقدم أيضاً أن إخباره عليه السلام باختيار التجميع لا يدل على وجوبه لأن اختيار أحد الجائزين من الفعل أو الترك لايقتضى وجوبه . ولذا لما اختار ابن الزبير ترك التجميع لم ينكر عليه أحد .

رابعا : مناقشة أدلة المذهب الرابع :

ورد على القائلين بعدم الترخيص أن أدلة وجوب الجمعة وإن كانت عامة إلا أنها قد خصصت بأحاديث الترخيص المتقدمة حيث ثبتت صلاحيتها للحجية فيجب العمل بمقتضاها جمعا بين الأدلة ولا سيما أن الترخيص فى ترك الجمعة قد صح عن كل من عثمان بن عفان وعبد الله بن الزبير رضى الله عنهم . ولم ينكر عليهما أحد بل أخبر ابن عباس أن ذلك من السنة .

وأما قولهم إن التطوع لا يسقط الفرض وإن كلا الصلاتين مشروع فلا تغنى إحداهما عن الأخرى - فمحل ذلك مالم يرد شرع يجب المصير إليه وقد ثبت مما تقدم صحة ورود السنة بالترخيص فتعين المصير إليها .

وبهذا ظهر أن القول الأول هو أرجح الأقوال فى هذه المسألة وهو ما نختاره ، والله أعلم

كلية الشريعة

لجنة تنظيم البحث والنشر

محاضرات فى الفقه المقارن
بين المذاهب الإسلامية

لطلاب السنة الرابعة

للأستاذ بدر المتولى عبد الباسط

مطبعة كلية الشريعة

بسم الله الرحمن الرحيم

(*) المبحث الأول : « فى انتفاع المرتهن بالعين المرهونة »

تمهيد : قبل أن نعرض لهذا البحث يجب أن نعلم أن هناك أموراً متفقاً عليها بين العلماء تتصل بهذا المبحث ، منها :

أولا : أن عقد الرهن عقد استيثاق يقصد به ضمان حق الدائن لدى المدين وأن الدائن المرتهن مقدم على غيره من الغرماء فى استيفاء حقه من هذه العين المرهونة (1) .

ثانيا : أن عين الرهن ومنافعه المتصلة والمنفصلة المتولدة وغير المتولدة مملوكة للراهن لا للمرتهن .

ثالثا : أن نفقة العين المرهونة مطلوبة من الراهن لا من المرتهن ، لأن العين ملكه كما تقدم .

إذا عرف هذا فنقول : إن انتفاع المرتهن بالعين المرهونة إما أن يكون بإذن من الراهن أو بدون إذن منه : فإن كان بإذن منه فحكم حل هذا الانتفاع أو عدم حله فيه اختلاف وتفصيل بين المذاهب المختلفة .

(1) روى عن الحنفية ثلاث روايات :

الأولى : جواز انتفاعه به سواء كان الإذن مشروطا فى صلب عقد الرهن أم لا ؛ لأن المنفعة - كما قلنا - مملوكة للراهن فله تمليكها من يشاء وقياسا على تمليكها للأجنبى .

(*) هذا المبحث اشترك معى فيه زميلى المرحوم الشيخ محمد على الديب

(1) وإلى هذا ذهب القانون المدنى المصرى رقم 131 لسنة 1948 . تراجع المادتين 1030 ، 1096

الرواية الثانية : أنه لا يحل للمرتهن الانتفاع بالرهن إن شرط فى العقد : لأن الدين إن كان قرضا فقد جر نفعا ، وهو ممنوع ؛ لأن الربا شرعا هو الفضل الخالى عن عوض بعقد ؛ فالمنفعة المشروطة فضل خال عن عوض بعقد ،والمقرض ليس له عند المقترض سوى القرض ، وإن كان الدين سببه بيع أو إجارة أو غير ذلك من أسباب المداينة فهو فى معنى القرض : لأنها كلها ديون لازمة فى الذمة فيكون الانتفاع فى مقابلة الأجل ، ولا معنى للربا غير ذلك ؛ وأما إن كان الإذن فى الانتفاع لا حقا للعقد فإنه يحل : لأنه إذن مستقل فيكون تبرعا بحتا .

الرواية الثالثة : عدم الجواز والحل مطلقا سواء كان الإذن مقترنا بالعقد أم لاحقا له . وهذه الرواية مروية عن عبد الله محمد بن أسلم السمرقندى ، وذلك لأنه إذن بالربا ، لأن الدائن المرتهن يستوفى دينه كاملا فتبقى له المنفعة فضلا فيكون ربا [1] .

وإذا علم أن المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، وأن الدائن إنما يريد الانتفاع وأنه لولاه لما دفع إلى الراهن شيئاً إذا علم هذا علمت أنه لا فرق بين الرواية الثانية والثالثة ، وأنهما متفقتان على المنع اللهم إلا إذا كان الإذن غير مقصود ولا ملاحظ عند التعاقد ، فإن الفرق بين الروايتين يكون واضحاً

هذا الكلام إذا كان الإذن بالانتفاع بالمجان ، وأما إن كان ببدل فقواعد مذهبهم تقضى بالمنع إن كان فى صلب العقد لأن من أصول مذهب الحنفية

---

(١) كتاب مقارنة المذاهب للشيخين محمود شلتوت ، ومحمد السايس ، ص ١٤٧ ، ١٤٨ مطبعة وادى الملوك سنة ١٣٦٧ ، ١٣٦٨ هـ ، مع شيء من التصرف والتوضيح : حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار جـ ٥ صـ ٣٢ المطبعة الأميرية .

فساد كل صفقتين فى صفقة ، وأما إن كان غير مقترن بعقد المداينة فإن الرهن يفسد وتصير إجارة ، وفرق بين الحالتين فإن يد المرتهن عندهم يد ضمان ، ويد المستأجر يد أمانة ثم لا يعود إلى الرهن إلا بعقد جديد [١] .

(٢) وذهب الإمامية والزيدية إلى أنه لا يجوز انتفاع المرتهن بالعين المرهونة بالمجان كما تقدم والظاهر من عباراتهم أنه تجب أجرة المثل حتى ولو كان بالإذن ويتقاصان وقد صرح فى الروضة البهية أنهما يأثمان [٢] .

(٣) وذهب الشافعى وأحمد إلى أنه إن كان الدين الذى به الرهن قرضا فلا يجوز ، لأنه قرض جر نفعا ، وإن كان غير ذلك كثمن مبيع أو أجرة دار جاز ، لأن النهى ورد فى القرض خاصة فيبقى ما وراءه على أصل الحل [٣] .

(٤) ووافق مالك الشافعى وأحمد فى القرض ، وأجاز فى غيره بشرطين .

(الأول) أن يكون الإذن بالانتفاع فى صلب عقد المداينة سوى القرض كعقد البيع ، لأنه إذا كان كذلك كان بيعاً وإجارة فى عقد واحد وهو جائز عنده ، فتكون المنفعة جزءا من الثمن .

(الشرط الثانى) أن تكون مدة الانتفاع معلومة فلا يصح أن يشترط فى العقد الانتفاع بالعين ما دامت مرهونة ، بل لا بد من تحديد المدة كسنة

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه ج ٥ ص ٣٤٠ .

(٢) يراجع كتاب الخلاف لأبى جعفر محمد بن الحسن الطوسى ص ٢٣٦ ج ١ طبع حجر بإيران والروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ج ١ ص ٣٥٥ مطبعة دار الكتاب العربى بمصر ، والبحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ج ٤ و ١١١ ص ١١٨ - ١٢١ مطبعة أنصار السنة المحمدية مكتبة الخانجى .

(٣) مذكرة الشيخين شلتوت والسايس ص ١٤٨ .

أو شهر مثلا ، لئلا يلزم جهالة الثمن لأننا اعتبرنا المنفعة جزءا منه ، هذا وقد قارا : إن كان الإذن بعد العقد وكان بدون عوض فهو هدية المدين لدائنه وهو ممنوع ، لأن فيه شبهة الربا ، وأما إن كان الإذن بالانتفاع بعوض فإن كان بأجر المثل فهو جائز وإن كان بأقل منه فهو محاباة المدين للدائن وهو ممنوع لما تقدم [1] .

والذى نختاره هو عدم جواز انتفاع المرتهن بالرهن بالمجان ، لأنه إن كان الدين قرضاً فتكون المنفعة فضلا خاليا عن عوض ولا معنى للربا سوى ذلك ، وكون الإذن فى صلب العقد أو لاحقا له ولكنه ملحوظ عند التعاقد لا يغير من الواقع شيئا ، وإن كان الدين غير قرض فهو فى معنى القرض ، لأنه انتفاع فى نظير تأجيل الدين ، وهذا فيه شبهة الربا ، وقد علمنا من تتبع أحكام الشريعة كراهة كل معاملة فيها معنى الربا كبيع السفاتج [2] وبيع العينة [3] وكون الإذن فى صلب العقد أو بعده لا يغير من الواقع شيئا .

---

(١) الشرح الكبير على متن سيدى خليل ج ٣ ص ٢٤٧ مع حاشية الدسوقى عليه مطبعة صبيح ومذكرة الشيخين شلتوت والسايس ١٢٨ بتصرف

(٢) وهى أن يداين إنسانا فى بلد ليتقاضى الدين منه فى بلد آخر ، وهو قرض جر نفعا معنويا وهو أمن الطريق ، (٢) وهو أنواع من البيوع الشكلية يعمد إليها المرابون لأكل أموال الناس بالباطل .

(٣) اتجاه القانون المدنى المصرى رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ إلى الحد من سلطة انتفاع المرتهن بالعين المرهونة إلا بعوض فى حدود الفوائد المصرح بها قانونا ولا يجيز أن يكون انتفاعه بما يؤدى إلى الربا الفاحش تراجع المادتان ١١٠٤ ، ١١٠٥ .

نعم أن وجه التحريم فى القرض أظهر منه فى غيره .

وأما إن كان الانتفاع بالعين المرهونة بإذن الراهن بعوض فإن كان العوض مجزيا وكأجر المثل فهو جائز ولا حرمة فى ذلك ويكون الدائن كالأجنبى بلا شبهة فى هذا لأنه لا محاباة ولا استغلال .

وأما إن كان الأجر دون أجر المثل ففيه ـ كما قلنا ـ شبهة الربا ، والاحتياط فى هذه المسألة أن نقول بالحظر ولو فى أقل مراتبه وهو الكراهية ، فإننا لو أبحنا للدائنين استغلال العين المرهونة مجانا أو بعوض غير مجز لاتخذ أرباب الأموال عقد الرهن سيفا مصلتا على رقاب المدينين يسلبونهم حق الانتفاع بملكهم [1] .

ما تقدم كله فى حالة الانتفاع بإذن الراهن ، وأما إن كان الانتفاع بغير إذنه ففيه تفصيل واختلاف بين الأئمة . وبيان ذلك :

أن العين المرهونة إما أن تحتاج إلى مؤونة لحفظها وبقائها أولا ، فإن لم تحتج إلى مؤونة كالدار الجديدة فالإجماع منعقد على عدم حل انتفاع المرتهن بها بأى شكل من الأشكال : وذلك لأن الكل مجمع ـ كما تقدم ـ على أن العين ومنافعها ملك للراهن ، فيكون انتفاعه بغير إذنه أكلا لمال الغير من غير رضاه وهو محرم لقوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ولقوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة رضى الله عنه (لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه) أخرجه الحاكم وابن ماجه وابن حبان فى صحيحه .

وأما إن كانت العين تحتاج إلى مؤونة فإما أن تكون حيوانا أولا وإن

---

(١) سورة النساء الآية ٢٩ .

كانت حيوانا فإما أن يكون مركوبا أو محلوبا أولا . إذا عرفت هذه الأقسام فإليك آراء الفقهاء فى حكم انتفاع المرتهن بها بدون إذن الراهن :

(١) ذهب الحنفية والشافعية والمالكية والزيدية والإمامية فى إحدى الروايات عنهم إلى عدم الجواز مطلقا سواء كان حيوانا مركوبا أو محلوبا ، أو غير مركوب أو محلوب ، أو كان غير حيوان وإن احتاج إلى المؤونة[١] .

(٢) وذهب أحمد وإسحاق بن راهويه والحسن والإمامية فى بعض الروايات عنهم إلى جواز انتفاعه بالمركوب والمحلوب خاصة فى نظير نفقته وظاهر عبارتهم أن هذا فى مقابلة هذا من غير مقاصة [٢] .

(٣) ونقل حنبل عن أبيه جواز ذلك فى الحيوان خاصة [٣] ، ولكن نقل فى المغنى عن أبى بكر من علمائهم أن حنبلا خالف الجماعة ، وأن المذهب هو الاقتصار على المحلوب والمركوب ، ونقل هذا عن الإمامية[٤] .

(٤) ونقل عنهم أيضا جواز ذلك فى كل ماله مؤونة ويتقاصان[٥] .

---

(١) تراجع مذكرة الشيخين شلتوت والسايس ص ١٤٨ ، وشرح الجلال المحلى على متن المنهاج للنووى مع حاشيتى قليوبى وعميرة ج ٢ ص ٢٧٥ مطبعة محمد على صبيح ، والمغنى لابن قدامه الحنبلى مطبعة المنار سنة ١٩٤٨ ج٤ ص٤٣١ وكتاب الخلاف للطوسى ج١ ص ٢٣٥ والمختصر النافع فى فقه الإمامية ص١٣٨ طبعة وزارة الأوقاف المصرية والبحر الزخار ج ٤ ص ١٢٠ ، ١٢٢

(٢) مذكرة شلتوت والسايس ، والمغنى لابن قدامة ، والبحر الزخار ، والمختصر النافع .

(٣) المرجعين الأولين ، والمختصر النافع .

(٤) المختصر النافع .

(٥) المختصر النافع .

هذ هى المذاهب وإليك أدلة كل مذهب، ثم نذكر بعد ذلك ماهو المختار.

دليل الجمهور :

استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول : أما الكتاب فقوله تعالى : « يأيها الذين آمنوا لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وأما السنة : فحديث أبى هريرة المتقدم ذكره فى المسألة المجمع عليها ، ووجه الاستدلال بالآية والحديث كما تقدم ؛ وأما المعقول . فلأن المنفعة ملك للراهن ، بتصرف المرتهن بغير إذنه غصب لملك الغير فيجب الضمان ويكون آثما .

دليل أحمد ومن معه :

استدلوا بالسنة ، وهو ما رواه الجماعة إلا مسلما عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا ، وعلى الذى يركب ويشرب النفقة » .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه جعل منفعة الرهن من ركوب وحلب بنفقته وهو المدعى ؛ ولا يقال : إن المراد به الراهن ينفق وينتفع ، لأن انتفاع الراهن ليس بطريق المعاوضة ، بل بحكم الملكية ؛ فلا تتصور المعاوضة بين المنفعة والنفقة إلا فى المرتهن خاصة ، وقد وقع التصريح بذلك فى رواية أخرى عند حماد بن سلمة بلفظ : « إذا ارتهن شاة شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها ، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف فهو ربا » .

دليل رواية حنبل عن أبيه :

أنه ألحق باقى أنواع الحيوان بالمركوب والمحلوب بطريق دلالة النص وفحوى الخطاب ، لأن المعنى فى غير المركوب والمحلوب هو نفس المعنى فيهما

وليس الإلحاق بطريق القياس حتى يقال إنه قياس على أمر ثبت على خلاف الأصل .

دليل من عمم الانتفاع بقدر النفقة :

هو أيضا ما ذكرناه فى الاستدلال للمذهب السابق مع التوسع فى دلالة النص ؛ فإن مناط الحكم فى المنصوص عليه ، وهو المركوب والمحلوب مساو فى كل ما احتاج إلى نفقة .

هذا ولكن الحنابلة وقفوا عند ظاهر النص ؛ ولم يتوسعوا فى تطبيقه ، نظراً لأن هذا الحكم جاء على خلاف أصل من أصول التشريع العامة ، وهو عدم تصرف الأجنبى فى ملك الغير بغير إذنه .

مناقشة الجمهور لدليل الحنابلة ومن توسعوا فى تطبيق الحديث الذى تمسكوا به :

قالوا : إن الحديث الذى تمسك به الحنابلة ومن لف لفهم ورد على خلاف الأصول الشرعية ، وبيان ذلك من وجهين (الأول) التجويز لغير المالك أن يركب أو يشرب بغير إذن المالك وهذا مخالف لصريح قوله تعالى : « لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » كما هو مخالف لصريح حديث ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم : « ولا تحلب ماشية امرىء بغير إذنه ، ولا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب من نفسه » رواه البخارى وغيره . (الوجه الثانى) التضمين بالمنفعة لا بالقيمة ، والمعروف فى الشرع غير هذا ، فإن المثلى يضمن بمثله ، والقيمى بقيمته .

هذا على أن ابن عبد البر ادعى نسخ حديث أبى هريرة الذى تمسك به الحنابلة بحديث ابن عمر المذكور آنفا .

وقد أجاب الشوكانى عما قاله الجمهور مؤيدا لرأى الحنابلة بما حاصله : أن دعوى مخالفة حديث أبى هريرة للأصول التشريعية غير صحيح ، لأن السنة الصحيحة من جملة الأصول الشرعية ، بل هى المصدر الثانى من مصادر التشريع فلا ترد إلا بمعارض أرجح منها بعد تعذر الجمع ، وأما حديث ابن عمر رضى الله عنهما فإنه عام ، وحديث أبى هريرة رضى الله عنه خاص ، فبنى العام على الخاص ؛ والنسخ لا يثبت إلا بدليل يقضى بتأخر الناسخ على وجه يتعذر معه الجمع ولا يثبت النسخ بمجرد الاحتمال مع الإمكان [١] .

مناقشة الحنابلة لأدلة الجمهور :

أما الآية : فإن إذن الشارع المستفاد من الحديث يخرجه عن كونه أكل أموال الناس بالباطل ، وأما حديث ابن عمر فقد قال الشوكانى إنه مختلف فى وصله وإرساله ووقفه ورفعه ، فلا ينهض معارضا لحديث أبى هريرة : الظهر يركب الخ ، ومع التسليم بخلوه عن أية علة قادحة ، فإن الحنابلة يقولون بموجبه ، وبيان ذلك أن النماء للراهن ، ولكن للمرتهن ولاية صرفه إلى النفقة لثبوت يده عليه وولايته ، كما صرح بذلك ابن قدامة فى المغنى [٢] .

الرأى المختار :

بعد ذكر الأدلة لجميع المذاهب ومناقشتها لعله قد اتضح لك كما اتضح لنا وجاهة مذهب أحمد ، إلا أننا نزيد على ذلك إلحاق غير المركوب والمحلوب من كل ما يحتاج إلى نفقة بالمركوب والمحلوب ، كالثور والدار المحتاجة إلى النفقة ، وهذا الإلحاق ليس بطريق القياس حتى يقال : إنه قياس على حكم

---

(١) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٣٤ ، ٢٣٥

(٢) المغنى ج ٤ ص ٤٢٣

شرع على غير القياس ، بل الإلحاق بطريق دلالة النص وفحوى الخطاب ، وما يسمى عند بعض الأصوليين بمفهوم الموافقة .

والذى يحملنا على اختيار هذا الرأى هو - أولا : قوة دليله ، وثانيا : لأن العمل به فيه تيسير على الراهن والمرتهن ، وحفظ لحق كل منهما ، ولا سيما إن امتنع الراهن عن النفقة وتعذر رفع الأمر إلى القاضى ، وكلنا يعلم تعقيد التقاضى ، ولا سيما فى هذه الأيام .

ونزيد على ما تقدم أيضا أن الانتفاع يكون بقدر النفقة ويتقاصان فإن زاد خصم من الدين بقدره ، فهذا أقرب إلى العدل ، وفيه تنفيذ لقوله صلى الله عليه وسلم ، وهو : « إذا ارتهن شاة شرب المرتهن من لبنها بقدر علفها ، فإن استفضل من اللبن بعد ثمن العلف فهو ربا » كما أن الأخذ بهذا الرأى فيه إحياء للرهن ؛ ولا شك أن من مقاصد الشريعة المحافظة على الأموال ، وعدم تعريضها للهلاك والضياع . والله - سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

---

(١) أخذ القانون المدنى المصرى بما يؤيد هذا الرأى ، تراجع الفقرة الثامنة من المادة ١١٠١

مبحث الشفعة (*)

تمهيــد :

أجمع العلماء سلفا وخلفا على مشروعية الشفعة لما فيها من دفع ضرر الدخيل الجديد وهذا التشريع من محاسن الشريعة الإسلامية ، ولم يشذ عن ذلك أحد إلا أبو بكر الأصم فإنه منعها بحجة أنها تؤدى إلى الضرر فيمتنع الناس عن الشراء خوفا منها ، ولأن عمومات بعض النصوص تدل على أنه لا تملك إلا بتراض كقوله تعالى « يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم [1] » ولا شك أن هذا القول مردود لأنه أولا: مخالف للإجماع السابق عليه واللاحق له . وثانيا : لأن النصوص الواردة فيها وإن كانت آحاداً إلا أنها باجتماعها ترتفع إلى درجة التواتر المعنوى وثالثا : فإن العمومات التى تمسك بها مخصصة بأشياء كثيرة كنزع الملكية للمنافع العامة والفسخ بالعيب أو الغرر ، ورابعا : لأن ما فى الشفعة من المنافع أكثر من منعها أضعافا مضاعفة ، وقد علمنا من تتبع أحكام الشريعة الغراء أنها تراعى المنفعة الراجحة وتلغى الضرر المرجوح ، وكذلك تراعى الضرر الراجح وتلغى النفع المرجوح ، وهذا أصل ينبغى لمن تعرض للفقه أو التشريع أن يراعيه .

وأيضا فإن التملك بالشفعة ليس أكلا لأموال الناس بالباطل بعد أن أذن الشارع فيه .

(*) اشترك معى فى هذا المبحث أخى المرحوم الشيخ محمد على الديب

(١) البحر الزخار ج ٤ ص ٣ .

هذا وسيقتصر بحثنا فى هذا المبحث على أمرين أولهما : فى أى شىء تثبت الشفعة ؟ وثانيهما : لمن تثبت الشفعة ؟ وإليك بيانهما :

فى أى شىء تثبت الشفعة ؟ :

إذا أسقطنا من حسابنا أبا بكر الأصم فإن الفقهاء جميعا متفقون على ثبوت الشفعة فى العقار القابل للقسمة ، واختلفوا فيما سوى ذلك من العقار الغير القابل للقسمة أو المنقول . وإليك آراء الفقهاء فى ذلك مع أدلتهم :[1] ذهب مالك والشافعى فى أصح الروايات عنهما إلى أنه لا شفعة فى العقار الذى لا يقبل القسمة بأن تبطل منفعته المقصودة منه كحمام ورحا[2] . وقد بنى هذا القول كما قال الجلال المحلى فى شرحه للمنهاج على أن علة ثبوت الشفعة هو دفع ضرر مؤونة القسمة أى أجرة القاسم والحاجة إلى إفراد الحصة الصائرة له بالمرافق كالمصعد والمنور والبالوعة ونحوها .

واستدل لهذا القول أيضا بأن الآثار الواردة فى الشفعة إنما وردت فى العقار القابل للقسمة فيبقى ما وراءه من العقار الغير القابل لها أو المنقول على أصل المنع ، ولا سيما أن الشفعة قد ثبتت على خلاف القياس فيكتفى فيها على مورد النص .

ومن هذه النصوص ما رواه أحمد والبخارى وابن ماجه عن جابر ابن عبد الله رضى الله عنه (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) ومنها أيضا

---

(١) البحر الزخار ج ٤ ص ٣ .

(٢) الشرح الكبير على متن خليل للمالكية ج ٣ ص ٤٧٧ . وشرح المنهاج للجلال المحلى مع حاشيتى القليوبى وعميرة ج ٣ ص ٤٣ .

ما رواه مسلم والنسائى وأبو داود عن جابر أيضا (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، ومنها أيضا ما رواه عبد الله بن أحمد فى المسند عن عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء فى الأرضين والدور) .

ووجه الاستدلال بهذه النصوص أن النصين الأولين صريحان فى أن الشفعة تجرى فيما تجرى فيه القسمة ، وهذا يؤذن أن للقسمة مدخلا فى تعليل مشروعية الشفعة ، وأن النص الثالث صريح فى أن الشفعة فى الأرضين والدور وهى - كما نعلم - مما تقبل القسمة وإذا كانت النصوص واردة فى العقار القابل للقسمة فيبقى ما سواه على أصل المنع لأنه كما قررنا - أكثر من مرة - أن الشفعة ثبتت على خلاف الأصل فيكتفى فيها على مورد النص .

(٢) وذهب باقى العلماء إلى ثبوتها فى العقار مطلقا وهو قول لمالك والشافعى وقد استدلوا على ذلك بالمنقول والمعقول : أما المنقول فلأن حديث جابر الذى رواه مسلم والنسائى وأبو داود مطلق ففيه أن الشفعة فى كل ربع أو حائط من غير تقييد بكونها تقبل القسمة أو لا تقبل ، وكذا يقال فى حديث عبادة ، وكم من أرضين ودور لو قسمت لما انتفع بها الانتفاع المقصود منها .

وأما المعقول : فلأن الضرر الحاصل من الدخيل الجديد فيما لا يقبل القسمة أقوى وأعظم فقد يتحمل الإنسان مؤونة المقاسمة فيما يقبل القسمة ليستريح ولكن لا يحتمل ضرر هذا الدخيل فيما لا يقسم ، وهذا واضح : ولو أن النص كان صريحا وقاطعا فى إثبات الشفعة فيما يقسم وسكت عما لا يقبل القسمة لكان إثباتها فيه بطريق دلالة النص وفحوى الخطاب وغاية ما فى

النصوص التى ساقوها أن الرسول صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة فى الأشياء القابلة للقسمة وهذا لا يدل على نفيها فيما لا يقبل القسمة ، فكل هذه النصوص وقائع أحوال وهى كما قرر الأصوليون لا تدل على نفى الحكم فى غير هذه الأحوال .

(٣) وذهب مالك إلى أنها كما تثبت فى العقار ، تثبت فى المنقول الذى يتصل به اتصال قرار كالبناء والنخيل والأشجار كأن تكون الأرض مملوكة لشخصين على سبيل الشيوع وعليها مبان أو نخيل أو أشجار ثم باع أحد الشريكين نصيبه من البناء أو الأشجار أو النخيل أو أن تكون الأرض مستأجرة أو محكرة فباع أحد الشريكين نصيبه من البناء أو الأشجار ، وكذلك ثبتت عنده فى الثمار لا تبعا للعقار فى إحدى الروايتين عنه ، كذلك نقل عنه ثبوتها فى الرحا والسفن من كل منقول له صفة الدوام والاستمرار مدة طويلة ، ولعله بنى قوله هذا على أن المعنى فى مشروعية الشفعة هو دفع ضرر شديد من دخيل جديد ، وهذا كما يتحقق فى العقار يتحقق فى كل شىء فيه معنى العقار كالبناء والأشجار والسفن بل ربما كان فى بعض المنقولات أشد منها فى العقار ، فلو تصورنا شريكين غير متفقين يملكان سفينة أو ما فى معناها لتصورنا ضرراً أفدح من مشاركتهما فى أرض أو دار .

(٤) وذهب الزيدية وبعض الإمامية وعلى رأسهم الشريف المرتضى إلى ثبوت الشفعة فى كل شىء : عقارا كان أو منقولا ، ومنهم من استثنى من ذلك المكيل والموزون لسهولة اقتسامهما[1] .

واستدل القائلون بهذا بما أخرجه الترمذى عن ابن عباس رضى الله عنهما

---

(١) كتاب الخلاف للطوسى ج ١ ص٢٦٢ ، والبحر الزخار ج ٤ ص ٤

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الشريك شفيع والشفعة فى كل شىء » وحكى فى الشفاء عن أنس بن مالك رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الشفعة فى الدار وفى الفرس وفى كل شىء »[1] ، وقالوا أيضا أن المعنى الذى لأجله شرعت الشفعة وهو دفع ضرر الدخيل كما يتحقق فى العقار ـ كذلك ـ يتحقق فى المنقول .

(٥) ذهب جمهور الفقهاء عدا من ذكرنا ، وكذا الإمامية فى أظهر الروايات عنهم إلى منع الشفعة فى المنقول مطلقا ، ولا تجرى فى البناء والأشجار إلا إذا بيعت تبعا للأرض ، وحجتهم فى ذلك أن الأصل فى التشريع هو عدم التملك إلا عن تراض ، وقد شرعت الشفعة على خلاف هذا الأصل التشريعى الهام استثناء فيكتفى فيها على مورد النص والنصوص الصحيحة المعتبرة إنما وردت فى العقار فقط ، وأما الحديث المروى عن ابن عباس رضى الله عنهما فقد أخرجه الترمذى فقط ولم يصححه ، وقد قال صاحب كتاب جواهر الأخبار إن الأصح روايته مرسلا ، وأما حديث أنس المذكور آنفا فلم يخرج فى كتاب من الكتب المعتبرة ، هذا فيما يتعلق بالمنقول .

= وأما المعقول فلأن الشفعة إنما شرعت لدفع ضرر بليغ من الدخيل الجديد وهذا الضرر البليغ لا يكون إلا فى الشىء الدائم وهو العقار أو ما فى معناه .

هذا والرأى المختار عندنا : هو ثبوتها فى العقار كما ذهب إليه جمهور الفقهاء وفى الأشياء المتصلة به اتصال قرار ، وفى المنقول الذى يشبه العقار فى طول بقائه كالسفن ، ومنعها فيما عدا هذا ، وهو رأى مالك ، وإنما اخترنا هذا الرأى لقوة دليل الجمهور وضعف الحديث الذى تمسك به القائلون بعموم

---

(١) جواهر الأخبار والآثار المذيل به كتاب البحر الزخار جـ ٤ ص ٣٠٤

ثبوتها فى كل شيء ، وإنما ألحقنا ما ألحقنا من البناء والأشجار والسفن وما فى معناها لأن المعنى الذى شرعت لأجله الشفعة واضح جدا فى هذه الأشياء فيكون الإلحاق بدلالة النص لا بالقياس .

وإن القول بتعميم الشفعة فى كل شيء يؤدى إلى ارتباك المعاملات واضطرابها ولا شك أن الاستثناء من أصل تشريعى هام وهو التملك عن تراض لا يكون لمجرد دفع ضرر ما ؛ بل لا بد وأن يكون لدفع ضرر عظيم وهو لا يتحقق إلا فى العقار أو ما فى معناه .

الموضوع الثانى : لمن تثبت الشفعة ؟ :

(١) اتفق الفقهاء قاطبة على ثبوت الشفعة للشريك فى نفس المبيع . ومنع جمهور الفقهاء ثبوتها لغيره من الشريك فى حقوق المبيع كالطريق الخاص والمسيل وجميع حقوق الارتفاق الخاصة كما منعوا ثبوتها للجار ، وإلى هذا ذهب من الصحابة عمر وعلى رضى الله عنهما ومن التابعين عمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار ويحيى بن سعيد الأنصارى ، ومن الفقهاء مالك والشافعى وأحمد وربيعة الرأى والأوزاعى وإسحاق بن راهويه وابو ثور وهو الرواية المعتبرة عند الإمامية .

(٢) وذهب جماعة من الإمامية وسوار بن عبد الله القاضى وعبيد الله ابن الحسن العنبرى إلى أنها كما تثبت للشريك فى نفس المبيع تثبت للشريك فى حقوق الارتفاق ولكن لا تثبت للجار إلا إذا كان شريكا فى حقوق الارتفاق ، وهذا القول ظاهر اختيار الشوكانى فى نيل الأوطار .

(٣) وذهب أبو حنيفة رضى الله عنه والزيدية إلى أنها تثبت للشريك فى نفس المبيع ثم الشريك فى حقوق ارتفاقه ثم للجار الملاصق ، وإلى ثبوتها

لهؤلاء الثلاثة ذهب ابن شبرمة والثورى إلا أن الزيدية قدموا الشركة فى الشرب على الشركة فى الطريق .

هذه هى مذاهب فقهاء الأمصار فيمن تثبت له الشفعة [1] .

وإليك أدلة كل مذهب ثم نذكر بعد ذلك ما هو المختار .

أدلة الجمهور :

استدلوا بالمنقول والمعقول .

فأما المنقول : فأولا ما رواه أحمد والبخارى وأبو داود وابن ماجه عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم « قضى بالشفعة فى كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » وثانيا ما رواه عبد الله بن أحمد فى المسند عن عبادة بن الصامت رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم « قضى بالشفعة بين الشركاء فى الأرضين والدور » .

ووجه الاستدلال : أنه نفى الشفعة حيث وقعت الحدود وصرفت الطرق . وإذا كان الشريك بعد القسمة لا شفعة له ، فبالأحرى الجار الذى لم يكن شريكا ، والشريك إذا قاسم أصبح جارا ، والحديث صريح بأنه لاشفعة بعد القسمة . وأما الحديث الثانى فهو صريح فى إثبات الشفعة بين الشركاء ، والشفعة - كما تقدم - ثبتت على خلاف الأصل فيكتفى فيها على مورد النص .

وأما المعقول : فلأن الشفعة شرعت لدفع ضرر مؤونة القسمة من أجرة

---

(١) يراجع حاشية ابن عابدين على الدرر المختار جـ ٥ ص ١٤٤ ، وحاشيتى القليوبى وعميرة على شرح المحلى على المنهاج جـ ٣ ص ٤٣ ، والشرح الكبير للدردير على متن خليل جـ ٣ ص ٤٧٤ وما بعدها ، والبحر الزخار جـ ٤ ص ٦ ، وكتاب الخلاف للطوسى جـ ١ ص ٢٦٢ ، ٢٦٣ .

القسام أو إيجاد مصعد أو منور أو بالوعة أو غير ذلك ، وهذا المعنى إنما يتحقق فى الشريك فى نفس المبيع دون غيره .

دليل القائلين بثبوتها للشريك فى حق المبيع كثبوتها للشريك فى نفس المبيع :

استدلوا بما رواه الخمسة إلا النسائى عن عبد الملك بن أبى سليمان عن عطاء عن جابر قال : قال النبى صلى الله عليه وسلم : « الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا » والحديث صريح فى إثبات الشفعة للجار بشرط اتحاد الطريق ؛ ولا شك أن الشرب وجميع حقوق الارتفاق كالطريق ، بل إن الزيدية - كما تقدم - يقدمون الاشتراك فى الشرب على الاشتراك فى الطريق لأن الخلطة فيه أقوى ، ولأن الشريك فى الطريق له أن يفتح ماشاء من النوافذ على الطريق الخاص ، بخلاف الشريك فى الشرب فليس له أن يزيد من فتحته المعتادة على أرضه ، كما علل بذلك فى البحر الزخار [1]

دليل الحنفية ومن معهم ممن أثبتوها للجار كما أثبتوها للشريك فى نفس المبيع والشريك فى حقه :

استدلوا بالسنة والمعقول ؛ أما السنة : فأولا ما رواه أحمد وأبو داود والترمذى وصححه عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « جار الدار أحق بالدار من غيره » وثانيا ما رواه أحمد والنسائى وابن ماجه عن الشريد ابن سويد قال : قلت : يا رسول الله : أرض ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلا الجوار ، فقال : الجار أحق بسقبه [2] ما كان » وثالثا : حديث أبى رافع ، وهو أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « الجار أحق بسقبه » وهو حديث متفق عليه .

(١) ج ٢ ص ٦

(٢) السقب والصقب القرب والملاصقة .

وأما ما استدلوا به من المعقول : فهو أن المعنى الذى ينبغى أن يعلل به تشريع الشفعة هو دفع ضرر بليغ من الدخيل الجديد ، وهذا المعنى كما يتحقق فى الشريك كذلك يتحقق فى الجار ، فإن أضرار جيران السوء كثيرة ومعروفة وكم فر قوم من سكنى دورهم لمجاورة جيران السوء لهم ، وكم أهمل قوم استغلال أطيانهم فراراً من جيران السوء ، وهذه أمور مشاهدة ملموسة .

مناقشة أدلة الجمهور الذين قصروها على الشريك المخالط .

أورد عليهم أن قوله (إذا وقعت الحدود الخ مدرج من قول الراوى فلا يصلح دليلا. ورد على هذا بأن الأصل عدم الإدراج ؛ على أنه قد ورد مصرحا باسناده إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقد روى أبو داود وابن ماجه عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « إذا قسمت الدار وحدت فلا شفعة فيها » وعلى هذا فلا إدراج .

وأورد عليهم - كذلك - أن غاية ما أفادته الأحاديث هو إثباتها للشركاء ، ولكن لم تنفها عمن عداهم ، وأجيب بأن قوله إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة ، نكره فى سياق النفى فتعم :

وأورد عليهم أن المعنى الذى ساقوه لا يصلح أن يكون مقتضيا لترك أصل من أصول التشريع العامة ، فليس كل ضرر مما يدعو إلى ترك هذا الأصل وهو التملك عن تراض بل المعنى الذى يليق فى هذا المقام هو المعنى الذى ذكره المخالفون ، ولعلهم يدعون أن مؤونة المقاسمة ضرر بليغ ، وهو كما ترى .

مناقشة الجمهور لأدلة الحنفية :

قالوا : إنه - جمعا بين الأدلة - ينبغى أن يحمل لفظ الجار الوارد فى

الأحاديث التى تمسكوا بها على الشريك المخالط مجازا كما أطلق لفظ الجار على المرأة . وهذا التأويل كما ترى بعيد وفيه تعسف .

والرأى المختار عندنا هو مذهب الحنفية :

وذلك لأن الأحاديث فى هذا الباب وإن بدت متضاربة إلا أنه من القواعد الأصولية أن إعمال الأدلة كلها متى أمكن أولى من إعمال بعضها وإهمال البعض الآخر ، وإن الأحاديث التى تثبت الشفعة للجار مطلقا سواء كان شريكا فى حقوق الارتفاق أو ليس شريكا لها اعتبارها ومكانتها ، ولا يمكن إغفالها ولا سيما حديث الشريد بن سويد فهو نص فى الموضوع .

وإن أهم ما تمسك به الجمهور واستندوا إليه قوله صلى الله عليه وسلم (إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة) وذلك لأنها ـ كما سبق ـ نكرة فى سياق النفى فتعم ، والأحاديث التى تثبت الشفعة للجار خاصة ، ومن المقرر عند الأصوليين ، أنه إن اجتمع عام وخاص فى مسألة واحدة حمل العام على الخاص فيكون معنى حديث جابر بعد تخصيصه بحديث الشريد وحديث سمرة وحديث أبى رافع أنه إذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة للشريك الذى صيرته القسمة بعيداً غير جار ، وهذا لا ينافى ثبوتها للجار من حيث هو جار بأدلة أخرى .

وأما ما قيل من أن الشفعة شرعت على خلاف الأصل ، وأن الآثار قد تعارضت فى الجار فتساقطت فإن هذا القول لا يقبل بعد أن ثبت أنه لا تعارض ، وأن الشفعة ثبتت للشريك فى نفس المبيع وللشريك فى حق المبيع وللجار بالنصوص لا بالقياس ولا بالاستحسان ولا بأى دليل آخر .

وأما ترتيبهم المتقدم فلأن الضرر من الشريك المخالط أقوى منه فى

الشريك فى حقوق الارتفاق وهذا أقوى منه فى الجار ، وهذا ظاهر والله أعلم .

هذا وقد جرى القانون المصرى المدنى على إثباتها للشريك مطلقا ولكنه أثبتها للجار فى العقارات المبنية أو المعدة للبناء دون قيد أو شرط ، أما فى غيرها فلم يثبتها له إلا فى حالتين :

(ا) إذا كانت الأرض المشفوعة لها أو عليها حقوق ارتفاق للجار .

(ب) أن تكون أرض الجار ملاصقة للأرض المشفوعة من جهتين ، وتساوى قيمتها نصف ثمن المبيعة على الأقل .

[1] على أن مشروع القانون المدنى الموحد المقترح تطبيقه فى إقليمى الجمهورية العربية المتحدة هو قصر حق الشفعة على الشريك فقط أخذا برأى الجمهور ، ومع أن هذا هو الاتجاه القانونى فى البلد ، فلا يمنعنا من أن نقرر ما نراه أقوى دليلا وأقوم حجة .

هذا وإنى ـ رغم مايقال عن تشريع الشفعة ـ أرى أن لا نضيق على الناس أمرا وسعه الله عليهم بحجة إساءة بعض الناس استغلال الحقوق التى شرعها الله لهم ؛ وكان فى الإمكان وضع قيود تضرب على يد من أساءوا استعمال هذا الحق ، والشريعة تقر مبدأ تأديب من أساء استعمال حقه حتى آذى غيره ، فإن من مبادىء الإسلام أنه لا ضرر ولا ضرار .

---

(١) التعليق على مشروع القانون المدنى الموحد هو رأيى خاصة ؛ لأن هذا المشروع لم يعرف فى حياة الزميل الراحل فضيلة الشيخ محمد على الديب .

مبحث الولاية فى عقد النكاح(*)

بعد البحث لم نر فى هذا الموضوع أو فى مما كتبه كل من حضرتى صاحبى الفضيلة الأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت والشيخ محمد السايس ، ولن نزيد عليه إلا ذكر مذهب الزيديه والشيعة الأمامية ومذهب الظاهرية وإليك ما كتبه الشيخان[1] مزيدا عليه ما ذكرنا .

إتفق العلماء على أن للمرأة الرشيدة (البالغة العاقلة الحرة) أن تلى جميع العقود غير النكاح بنفسها ، وأن توكل فيها من تشاء من غير أن يكون لأحد حق الاعتراض عليها .

(*) هذا المبحث كان قد استقر رأيى ورأى زميلى المرحوم صاحب الفضيلة الشيخ محمد على الديب على اختيار ما كتبه كل من حضرة صاحب الفضيلة الأستاذ الأكبر الشيخ محمود شلتوت والأستاذ الكبير الشيخ محمد على السايس لأننا لم نر ـ وقتئذ ـ أو فى مما كتباه ؛ ولكن أحد الزملاء الأفاضل كتب بعدهما فى هذا الموضوع ، وتتبع ما كتباه نقضا وإبطالا ، والحق أنه بذل جهدا كبيرا فى تتبعهما ونقض رأيهما ولما كان شأن العلماء فى كل عصر أن يستدرك بعضهم على بعض ، وأن يناقش بعضهم بعضا حتى يسهل الوصول إلى الحقيقة ، فسأعرض فى حواشى هذا البحث لما كتبه الزميل الفاضل وأناقشه مناقشة المنصف الذى ليس له من غرض سوى الوصول إلى رأى قريب من الحق ، فالمسائل الظنية كمسألتنا هذه ـ لا يمكن القطع فيها برأى جازم ، والله ولى التوفيق .

(١) مذكرة مقارنة المذاهب فى الفقه لشلتوت والسايس من ص ٥٥ إلى ص ٦٤ .

واتفقوا كذلك على أن نكاح الحرة البالغة العاقلة إذا باشره وليها الشرعى مع رضاها يكون صحيحا نافذا .

أما إذا باشرته هى أو وكلت غيرها [١] بمباشرته فقد اختلف فى صحته ونفاذه ولزومه .

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف فى ظاهر الرواية وزفر إلى صحة هذا النكاح مطلقا[٢] (بكرا أو ثيبا بإذن الولى أو بدون إذنه وسواء كان الزوج كفءا أو غير كفء) إلا أن للولى حق الاعتراض فيما إذا كان لغير كفء مالم تلد أو تحبل حبلا ظاهرا ، وروى عن الأولين القول بأنه صحيح فى الكفء وباطل فى غيره ، وقد رجعا عنه إلى ظاهر الرواية .

وذهب مالك [٣] والشافعى واحمد واسحاق وكثير من العلماء إلى عدم صحة النكاح بعبارة المرأة أصيلة أو وكيلة .

---

(١) يراد بالغير سوى الولى أما لو وكلت الولى فيكون صحيحا نافذا إجماعا .

(٢) وهو مذهب على ومعاوية وعائشة وعطاء رضى الله عنهم يراجع المحلى لابن حزم جـ٩ ص ٤٥٤ ، ٤٥٥ دار الطباعة المنيرية .

(٣) أطلق الشيخان نسبة هذا القول إلى مالك وربما أشعر هذا الإطلاق أنه لا بد من الولى الشرعى (العاصب) لكل عقد مع أن المعروف فى كتبهم التفرقة بين الشريفة والخسيسة ، فالأولى لا بد منه والثانية يكتفى فيها بأى رجل مسلم يراجع الشرح الكبير للدردير جـ٢ ، ص ٢٢٥ ، سنة ٢٢٦ مع حاشية الدسوقى عليه .

وهذا المذهب هو رأى الكثرة الكثيرة من فقهاء الأمصار سلفا وخلفا كما هو رأى الزيديه [١] وابن حزم [٢] .

وذهب داود إلى أنه صحيح إن كانت ثيبا ، وباطل إن كانت بكراً [٣] وذهب أبو ثور إلى أنه صحيح إذا أذنها الولى ، وباطل إذا لم يأذن [٤] .

وقال محمد بن الحسن ؛ هو صحيح موقوف على إجازة الولى إن أجازه الولى نفذ ، وإلا بطل ، ويقول أيضا : إذا امتنع الولى عن الإجازة فى الكفء

---

(١) البحر الزخار جـ ٣ صـ ٢٣ ، لكنه فى صـ ٢٥ منه قال ناقلا لمذهب الزيدية : « وتصح إجازة الولى عقدها إذا لم تبرم بإجازته » فظاهر هذا أن الشرط عندهم فى عقد النكاح أن يتولاه الولى أو يجيزه إن تولاه غيره ، وهو كما سيأتى مذهب محمد بن الحسن ومذهب أبى ثور .

(٢) المحلى جـ ٩ صـ ٤٥١ .

(٣) هذا القول منسوب إلى الظاهرية فى البحر الزخار جـ ٣ صـ ٢٤ ، وفى المحلى جـ ٩ صـ ٤٥٥ مانصه : وأما أبو سليمان (يعنى داود) فقال : « أما البكر فلا يزوجها إلا وليها ، وأما الثيب فتولى أمرها من شاءت من المسلمين ويزوجها ، وليس للولى فى ذلك اعتراض » وهذا قريب مما ذكر فى مذكرة الشيخين ، إذ الكلام فى اشتراط الولى الشرعى ؛ والأجنبى تولى العقد بصفته وكيلا عن المرأة لا وليا لها ، وهذا واضح .

(٤) هذا القول منقول ـ كما أعتقد ـ من البحر الزخاز جـ ٣ صـ ٢٤ ، ولكن فى المحلى جـ ٩ صـ ٤٥٥ : « لا يجوز أن تزوج المرأة نفسها ؛ ولا أن تزوجها امرأة ، ولكن إن زوجها رجل مسلم جاز « المؤمنون إخوة بعضهم أولياء بعض » اهـ .

جدد القاضي العقد ، ولا يلتفت إليه ، وقد روى رجوعه إلى المذهب الأول الذي هو ظاهر الرواية [١] .

وذهب الشعبي والزهري [٢] إلى أنه صحيح في الكفء وباطل في غيره وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة .

هذه جملة ما عثرنا عليه من مذاهب العلماء في هذه المسألة .

« ملاحظة هامة » :

سنذكر مذهب الإمامية وروایاتهم في هذه المسألة ونرد بعد ذلك كل رواية إلى مذهب من المذاهب السابقة .

الثيب الرشيدة لا ولاية لأحد عليها من أب أو جد أو سواهما من باب أولى وهذا باتفاقهم جميعا ، وكذلك البكر الرشيدة إن لم يكن أب أو جد . وأما البكر الرشيدة إن كان لها أب أو جد ففيها روايات الرواية الأولى أنها كالثيب ولكن يندب ـ فقط ـ إن تنيب أخاها أو عمها الخ .

الرواية الثانية : أن الأمر مشترك بينهما فلا يستقل احدهما بالعقد سواء كان عقدا دائما أو منقطعا (أى نكاح متعة) .

الرواية الثالثة : أن أمرها إلى الأب أو الجد وليس لها معه أمر .

الرواية الرابعة : التفرقة بين النكاح المنقطع والدائم فمنهم من اشترط الولي في المنقطع دون الدائم ، ومنهم من عكس [٣] .

---

(١) البدائع جـ ٢ صـ ١١٧ ، وشرح الزيلعي على الكنز جـ ٢ ص ١١٧

(٢) المحلى جـ ٩ صـ ٤٥٢ نسب هذا القول إلى الزهري فقط .

(٣) كتاب الخلاف للطوسي جـ ٢ صـ ٥٦ . وكتاب المختصر النافع للحلي صـ ١٩٧ وكتاب العروة الوثقى للطباطبائي اليزدي صـ ٧٨٣ طبعة إيران .

هذه هى أقوال الإمامية فى هذه المسألة ومنها يتضح لك أن بعض الروايات تتفق مع مذهب الحنفية فى جواز العقد بعبارة المرأة ثيبا أو بكرا متى كانت رشيدة ، وعلى بعض الروايات يكون مذهبهم قريبا من مذهب الظاهرية لتفرقتهم بين الأب والجد وبين غيرهم من الأولياء .

وأما على القول بأن الأمر مشترك بينهما فهو قريب من مذهب أبى ثور ومحمد بن الحسن لأنه إن عقد الولى فلا بد من إذنها وإن عقدت هى فلا بد من إذن الولى .

وأما تفرقتهم بين العقد الدائم والعقد المنقطع فهو رأى خاص بهم لم يقل به أحد سواهم لمنع جميع الفقهاء سواهم عقد المتعة (العقد المنقطع) .

وإذا دققنا النظر وجدنا هذه الأقوال ترجع - إجمالا - إلى قول بالجواز مطلقا ، وقول بعدمه مطلقا ، وقول بأنه موقوف مطلقا ، وإلى أقوال بالتفصيل فمنهم من اعتبر البكارة ، ومنهم من اعتبر الإذن السابق ، ومنهم من اعتبر كفاءة الزوج كما تقدم .

وإليك أدلة كل مذهب ثم مناقشة هذه الأدلة حتى تصل إلى رأى قريب من الحق .

الأدلة ومناقشتها

أدلة الحنفية ومن معهم القائلين بالجواز مطلقا :

استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب : فقد جاء فى غير آية التصريح بإسناد النكاح إلى المرأة ، والأصل فى الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقى .

فمن ذلك قوله تعـالى : « فإن طلقها فلا تحل له من بعـد حتى تنـكح زوجاً غيره »[1] .

وقوله تعالى : « فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن بالمعروف »[2] .

---

(١) سورة البقرة آية ٢٣٠ ، وقد اعترض على الاستدلال بهـذه الآية بمـا حاصله أن الأولى حمل النـكاح هنا على الوطء لاشتراطه فى المطلقة ثلاثا ويجاب على ذلك بأنه لو كان كذلك لو ردت بصيغة المبنى للمجهول فإنه لم يسمع لغة قولهم نـكحت المرأة زوجها بمعنى وطأته ، وإنما يقال هـذا فى العقد ، والحنفية وإن قالوا النـكاح حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد لم يمنعوا استعماله كثيرا فى العقد ويرشح هذا المعنى فى هـذه الآية قوله تعالى بعد ذلك « فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا » ، ولا شك أن المراد بالتراجع هنا هو عقد النـكاح وقد أسند إلى كل من الزوجين والأصل فى الإسناد الحقيقة .

واشتراط المعاشرة الزوجية الـكاملة إنما ثبت بالسنة المشهورة وهـو حديث العسيلة لا بالـكتاب ، ولعل فى هذا كفاية فى هذا الموضوع لمن رغب الوصول إلى الحق من غير تعصب .

(٢) البقـرة الآية ٢٣٤ وقد اعـترض على الاستدلال بها بأن زواجها بدون ولى ليس معروفا شرعا ، وأن هذا عين الدعوى فتـكون مصادرة ، ويمكن أن يجاب عن هـذا بأن المراد بالمعروف هـو زواجها دون سفاحها وقد أسند النـكاح إليها فى قوله « فإذا بلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينـكحن أزواجهن » .

وقوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن »[1] .

وأما السنة :

فأولا ما رواه الجماعة إلا البخارى عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الثيب أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن فى نفسها ، وإذنها صماتها » . وفى رواية : « الأيم أحق بنفسها » .

ولأبى داود والنسائى : « ليس للولى مع الثيب أمر ، واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها » .

ووجه الاستدلال : أن الحديث جعل الحق إلى المرأة فى نفسها ؛ ونفى أن يكون لغيرها أمر فيما يتعلق بنكاحها ، وهو بعمومه يتناول مايتعلق باختيار الأزواج وما يتعلق بالعقد ، أما البكر فنظرا لعدم إلفها الرجال وما يغلب عليها ـ عادة ـ من الحياء الذى يمنعها من التصريح بالرضا فضلا عن مباشرتها العقد اكتفى الشارع منها ترخيصا لها بما يدل على رضاها .

وليس معنى هذا ولا من مقتضاه أن يسلب الشارع منها حق مباشرتها العقد الذى ثبت لها بمقتضى قواعد الأهلية العامة ، وذلك لأنه ما دامت البكر بالغة عاقلة كالثيب فهى وإياها سواء فيما يختص بأمر النكاح .

وليس للبكارة تأثير فى الحرمان من حق يكفى فى ثبوته العقل والبلوغ كما عهد من الشارع فى سائر الحقوق ، ولا يعدو أثر البكارة المستلزمة للحياء أن يكون هو الاكتفاء منها بما يفيد الرضا ويدل عليه كما نطقت بذلك الأحاديث .

---

(١) البقرة الآية ٢٣٢ وقد قيل فيها ما قيل فى الآية الأولى والجواب هو الجواب ولنا عودة إلى هذه الآية عند استدلال الشافعية بها .

حتى لو فرض أن بكراً لم تجر على عادة الأبكار ولم يمنعها الحياء أن تصرح برغبتها وأن تباشر حقها بنفسها لما تصورنا فى هذه الناحية فرقا بينها وبين الثيب التى أعطيت كل الحق ، ولما تصورنا معنى يصح أن نحكم به على عقدها بالبطلان ، وليس لنا ما نتصوره فى هذا الموضوع إلا صيانة المرأة وإبعادها عن مجالس الرجال ، وهذا أدب من الآداب الإسلامية العادة التى أباح الشارع من أجلها أن توكل المرأة فى شؤونها من يباشرها فى مجالس الرجال ، فهى مجرد رخصة لا يلزم من تركها إياها ومباشرة شأنها بنفسها أن يحكم على تصرفها بالبطلان ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن هذا الحديث وغيره من أحاديث الاستئمار وأحاديث رد العقد الذى يعقد على المرأة وهى كارهة تدل صراحة على أن رضا المرأة أمر لا بد منه فى النكاح ، وإذا كان الأمر كذلك فليس من المعقول ولا من المعهود شرعا أن يعتبر رضا شخص شرطا فى صحة تصرف ثم يحكم ببطلان ذلك التصرف إذا باشره الشخص بنفسه وهذا هو ما ينبغى أن يلاحظ فى وجه استدلال الحنفية [1] .

---

(١) اعترض زميلى الفاضل الشيخ مصطفى مجاهد على استدلال الحنفية بالأحاديث السابقة فى كتابه (بحوث فى الفقه المقارن) بما حاصله (مع حرصى الشديد على عدم تشوية فكرته) :

(١) إن لفظة (أحق من وليها) تفيد الاشتراك وزيادة ، وهذا لا يتأتى مع إعطائها حق العقد ، ويجاب على هذا بأن للولى حق الاعتراض إن أساءت الاختيار بأن تزوجت غير كفء ، على أنه يمكن أن يقال إنهم لم يقولوا بسلب الولاية عنه تماما بل له ولاية اختياريه ، بل يندب لها ألا تتولى العقد بل يتولاه وليها .

(٢) أن رسول صلى الله عليه وسلم سماه فى الحديث وليا ، فكيف يقال

. . . .

— بسلب الولاية عنه ؟ والجواب من وجهين الأول أن المراد بالولى فى الحديث القريب العاصب وإن لم يكن له حق التصرف فى المولى عليه كما فى قوله تعالى « ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا » والولى هنا لا يتصرف عن المولى عليه وهو القتيل ، لأنه زالت أهليته بالموت .

الوجه الثانى : أن الولاية باقية ولكنها ولاية ندب واختيار ، لا ولاية تسلط وإجبار .

(٣) أنه يلزم على قولهم استعمال لفظ (أمر) الوارد فى حديث أبى داود والنسائى ـ فى معنى الشأن ، وهو معنى مجازى ، ولا قرينة عليه .

والجواب أنه على فرض تسليم أن الأمر بمعنى الشأن معنى مجازى فالقرينة عليه حالية ، فإن حال القوم أنهم كانوا يستبدون بشأن المرأة عقدا واختيارا فقال « ليس لوليها معها أمر » وهو كما ترى نكره فى سياق النفى فتعم ، على أنه على فرض أن معنى الأمر فى الحديث هو الإلزام والإجبار ـ وهذا خليق بالمنع كما يتبادر من لفظ الحديث ـ فإن الولى يستمد حقه فى العقد منها وبرضاها ، فكيف يكون هذا وهى لا تملك العقد ، ومن المعروف أن فاقد الشىء لا يعطيه .

(٤) أنه قد ورد عن أبى هريرة رضى الله عنه فيما رواه الجماعة أنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن) الخ . وهذا يدل على أن الولى يكون مستشيرا ومستأمرا وأن المرأة مستشارة ومستأمرة وهذا يدل على أنه صاحب الحق لا هى .

واعتقد ان فضيلة زميلى الفاضل ما حمله على هذا الاعتراض إلا حب الجدل ، وإظهاراً لقوة عارضته فيه ، وحديث أبى هريرة هذا حجة عليه ،

. . . .

بإن الاستئمار طلب الأمر والاستئذان طلب الإذن ، ولا يعطى الأمر والإذن إلا من يملك المأمور والمأذون فيه، وهذا بدهى لا يحتاج إلى جدل.

(ه) قال فضيلة الزميل إن ذكر توجيهين للاستدلال بالأحاديث المذكورة اعتراف منهم بأن التوجيه الأول ضعيف ، وأن الحديث يدل صراحة على شرط الرضا وحق اختيار الزوج دون حق العقد ، وأقول لأخى إن ذكر التوجيه الثانى لا يدل لا لغة ولا عرفا على ضعف التوجيه الأول، وإلا فنحن فى حل أن نقول إن تكرار أدلته وتوجيهاته دليل على ضعف ما عدا الأخير منها .

ومع هذا فقد أخذ فى مناقشة التوجيه الأول وأحال على مناقشته لحديث أبى داود، وقد ذكرت هذه الاعتراضات والإجابة عليها، ثم زاد على ما تقدم ما يأتى : .

أنه على فرض تسليم دلالة الحديث على ثبوت الولاية للثيب فلا يدل على ثبوت الولاية للبكر حيث فرق الله ورسوله بينهما، وإنى أقول له : إن الحديث فرق بينهما فى الإذن ، فجعل إذن الثيب صريحا، واكتفى من البكر بما يدل على الرضا من سكوت وغيره، والحديث - يا أخى - لم يسلب الولاية عن البكر وإلا فدلنى على لفظ صريح أو مجازى فيه يدل على ذلك - دلنى الله وإياك إلى الحق - وما ذكرته من أنه لو كان الأمر كما يقول الحنفية لكان الواجب على أدنى بليغ أن يقول مثلا ، المرأة أحق بنفسها من وليها وإذن البكر الصمت وإذن الثيب الكلام ، وإنى أقول لأخى إنه قد ورد فى بعض الروايات الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن وإذنها صمتها ، الأيم حقيقة فى المرأة التى لا زوج لها ومن ذلك قول الشاعر :

« ومن أيم قد أنكحتها رماحنا »

واستدل بعجز الحديث فقال ما معناه إذن البكر صمتها خشية أن يتبادر إلى أن شأن البكر كشأن الثيب .

ومع هذا فإن الحديث بلفظ الثيب والبكر لا يدل على سلب الولاية عن أحد منهما بل يشترط رضا كل منهما .

ثم اعترض على ما يفهم من كلامهم من انحصار العلة فى صيانة المرأة وإبعادها عن مجالس الرجال . ويذكر لذلك علة أخرى وهى أنها غير مأمونة على بضعها لسرعة انخداعها وشبوب عاطفتها ، إلى آخر ما يقال فى هذا المقام .

وإنى — على فرض التسليم بما قيل — فكل هذه العلل لا تقتضى سلب حقها فى ولايتها على نفسها ، بل تقتضى أن يكون هناك إشراف عليها ممن يهمهم أمرها ، وإنها إن أخطأت قوموا خطأها وطالبوا بفسخ تصرفها الخاطىء ، وهذا عين ما ذهب إليه الحنفية .

ثم اعترض على قياسهم عقد النكاح على سائر العقود حيث أباح الشارع لها أن تنيب من تشاء فيها فكذلك النكاح ؛ وقال : إن هذا كلام عجيب حقا ، إذ مفاده : أن توكيل العاقدين — فى جميع العقود — أمر محرم وغير مشروع لأحد ؛ ولكن الشارع أباحه ورخص به للمرأة خاصة ، وفى النكاح خاصة صيانة لها .

واسمح لى — يافضيلة الزميل — أن أقول لك أن هذا الفهم فى كلامهم أعجب .

ثم اعترض على التوجيه الثانى الذى حاصله أن اشتراط الرضا يستلزم عقلا وشرعاً ثبوت الولاية لها ، بما حاصلة أن سلب الولاية أمر تعبدى ، —

واستدل الحنفية من السنة ثانيا بما ورد فى تزوجه صلى الله عليه وسلم أم سلمة لما بعث إليها يخطبها إلى نفسها قالت : ليس أحد من أوليائى شاهداً فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك » .

فقد دل الحديث على أنه لم يكن أحد من أولياء أم سلمة حاضرا ذلك العقد ، كما هو قولها ، ودل من جهة أخرى على أنه ليس للأولياء حق الاعتراض بإبداء الكراهة فى غير محلها ، وذلك ظاهر فى أن اعتراض الولى لا يعول عليه حيث تتوفر الكفاءة ، فضلا عن أن العقد لا تتوقف صحته على مباشرة الولى .

وهذا القدر من الرواية قد اتفق عليه رواة هذا الحديث فى تزوج أم سلمة رضى الله عنها .

— ونحن مع تسليمنا بأن هناك أحكاماً تعبدية إلا أن الكثرة الكثيرة من الأحكام معقولة المعنى ، ولا سيما المعاملات والعبادات .

ثم سلم بعد ذلك أن هذا الحكم معقول المعنى ؛ وأن العلة المقتضية لسلب ولايتها على نفسها هى الأنوثة المقتضية لسفهها بالنسبة لبضعها ، وإنى أقول له : إن ما ذكره من العلة هو عين المدعى فيكون مصادرة ، فليبحث لنا عن علة أخرى تكون غير المدعى ولكنها تنتج المدعى .

هذا وقد ناقشت زميلى رغبة الوصول إلى الحق ، أو ما هو قريب من الحق من غير أن أغمطه حقه فى المجهود الذى بذله فى محاولة إبطال هذا الدليل الذى استدل به الحنفية .

تراجع مذكرة فضيلة الأستاذ الشيخ مصطفى مجاهد (بحوث فى الفقه المقارن) من ص ٩٠ إلى ٩٣ ، ومن ص ١٠٠ إلى ١٠٤ الطبعة الأولى مطبعة الاعتصام .

وأما ماروى من زيادة قولها لابنها: « ياعمر قم فزوج رسول الله » أو قوله عليه الصلاة والسلام لعمر هذا: « قم ياغلام فزوج أمك » فغير ثابت، لأن إبنها عمر كان عند تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بها صغير السن ليس أهلا للتصرف.

والقول بأن هذا من خصوصيات الرسول صلى الله عليه وسلم مدفوع بما هو مقرر من أن الخصوصية لا بد لها من دليل خاص[1].

---

(١) علق الزميل الفاضل على الاستدلال بهذا الحديث بما يأتى ملخصا.

أولا: أن المفهوم من هذا الحديث أن أم سلمة اعتقدت أمرين: أولهما: أنه لا يصح أن تزوج نفسها دون أوليائها، وقد أقرها الرسول صلى الله عليه وسلم على هذا، والاعتقاد الثانى أن أولياءها الأبعدين لا يحق لهم أن يتولوا عقدها، وقد بين لها هذا الخطأ حيث قال لها كما ورد فى بعض الروايات: « مرى غيرك أن يزوجك » وفعلا أمرت إبنها عمر أو سلمة أو غيرهما من الأقارب الذين لا تخلوا منهم المدينة أن يزوجها.

ونحن معه فى اعتقادها بأن العقد يتولاه الولى، فإننا لا ننكر أن الآداب الإسلامية تدعوا إلى هذا، ولهذا قلنا الولايه قسمان: ولاية وجوب، وولاية ندب، والكلام فى الولاية الواجبة التى لا يصح العقد بدونها، وقوله صلى الله عليه وسلم « مرى غيرك فليزوجك » دليل على أن للمرأة أن توكل من تشاء فى عقد النكاح إذا لم تباشره بنفسها كما هو الشأن فى المحصنات من النساء.

أما أن الوكيل هو إبنها عمر أو سلمة أو غيرهما فهو كما ترى مضطرب الرواية والقدر المجمع على صحته هو ما ذكره الشيخان شلتوت والسايس فى مذكرتهما. —

وأما المعقول فقالوا : من البين أن عقد النكاح له مقاصد أولية تختص بالمرأة لا يشاركها فيها أحد من الأولياء ، وذلك كحل الاستمتاع ووجوب النفقة والسكنى وما إليها من الحقوق الخاصة التى تكتسبها المرأة بهذا العقد ، وله وراء تلك المقاصد فوائد أخرى للأولياء ، فيها بعض الشأن كالمصاهرة التى يتوقف كمالها على مراعاة الكفاءة ، والأصل فى هذا العقد أن يتولاه من يختص بمقاصده الأصلية ، ويكفى فى مراعاة ما للغير من حق ثانوى أن يمنح حق الاعتراض على العقد إذا لم يكن مظنة للفوائد التى قد تعود إليه .

وهذا ما يريده الحنفية من قولهم : إنها تصرفت فى خالص حقها ، وهى من أهله (أى العقد) لكونها عاقلة بالغة رشيدة ، ولهذا كان لها حق التصرف فى المال ، ولها اختيار الأزواج ، وإنما يطالب الولى بالتزويج كيلا تنسب إلى الوقاحة .

— وثانيا : حاول أن يثبت أن هذا من خصوصياته صلى الله عليه وسلم بحجة أنه إذا خالف فعله صلى الله عليه وسلم قوله ، دل ذلك على الخصوصية ، وعلى فرض تسليم أن الذى تولى عقدها هو ولدها عمر وهو أصح الروايات وأكثرها قبولا ـ رغم معارضة غيرها لها ـ فإنه لم يثبت أنه كان كبيرا قطعا وغاية ما يفهم من إجابة الإمام أحمد ابن حنبل حينما سئل عنه : أليس كان صغيرا ؟ فقال : « ومن يقول كان صغيرا ؟ ! ليس فيه بيان » .

فالإمام أحمد لم يقطع بأنه كان كبيراً ، بل صرح أنه ليس فيه بيان . وغيره من المحدثين قطع بصغره ، ومن حفظ حجة على من لم يحفظ . فإذا ثبت أنه كان صغيرا فإنه لم يتول العقد بصفته وليا بل بصفته وكيلا . والصغير العاقل ـ عند الحنفية ـ له أن يتولى العقود بإذن من وليه أو موكله .

وهذا القدر كاف فى إثبات أن للمرأة أن توكل من تشاء فى النكاح .

دلة القائلين باشتراط الولى لمباشرة العقد »

استدلوا على ذلك بالكتاب والسنة والمعقول :

أما الكتاب فقوله تعالى « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم [١] » . وقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا [٢] » وما استدل به الحنفية من قوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن [٣] » .

ووجه الاستدلال بالآيتين الأوليين أن الخطاب موجه إلى الأولياء فدل على أن الزواج إليهم لا إلى النساء .

ووجه الاستدلال بالآية الثالثة أنها نهت الأولياء عن منعهن من نكاح من يخترن من الأزواج ، قالوا : إنما يتحقق المنع ممن فى يده الممنوع . فدل على أن عقد النكاح بيد الولى لا بيد المرأة . قالوا : ويؤيد هذا ماورد فى سبب نزول هذه الآية فقد روى البخارى فى صحيحه وأبو داود والترمذى ، وصححه عن معقل بن يسار أن الآية نزلت فيه ، قال : زوجت أختا لى فطلقها زوجها حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له : زوجتك وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود إليك أبدا ، وكان رجلا لا بأس به ، وكانت تريد أن ترجع إليه ، فعلم الله حاجته إليها وحاجتها إليه فأنزل هذه الآية « وإذا طلقتم النساء » الخ فقلت : الآن أفعل يا رسول الله قال فزوجها إياه .

---

(١) سورة النور الآية ٣٢ .

(٢) سورة البقرة الآية ٢٢١ .

(٣) سورة البقرة الآية ٢٣٢ .

قالوا : فلو كان لها أن تزوج نفسها لفعلت مع ما ذكر من رغبتها فى زوجها على هذا يبعد أن يكون الخطاب فى الآية للأزواج كما قيل .

وقد ورد عن ابن عباس وعائشة وطاووس ومجاهد وغيرهم فى تفسير « الذى بيده عقدة النكاح » فى آية : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفوا الذى بيده عقدة النكاح »[1] أنه الولى .

وأما السنة فأولا : ماروواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائى عن أبى موسى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح إلا بولى » وصححه ابن حبان والحاكم ؛ وذكر له الحاكم طرقا وقال : قد صحت الرواية فيه عن أزواج النبى صلى الله عليه وسلم عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش ، ثم سرد تمام ثلاثين صحابيا ؛ قالوا : وهو صريح فى أن النكاح لا يصح بدون ولى .

وثانيا ما رواه الخمسة إلا النسائى عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل — قالها ثلاثا — فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ؛ فإن تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له » .

وثالثا : ما رواه ابن ماجه والدارقطنى والبيهقى عن ابى هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها ، فإن الزانية هى التى تزوج نفسها » .

واما المعقول : فهو ان النكاح له مقاصد شتى ؛ وهو رباط بين الأسر ؛ والمرأة بما عندها من نقص الاختبار لا تحسن الاختيار : ولا سيما انها

---

(١) البقرة : الآية ٢٣٧ .

تخضع لحكم العاطفة التى قد تغطى على جهة المصلحة ؛ فتحصيلا لهذه المقاصد على الوجه الأكمل منعت من مباشرة العقد .

دليل من فرق بين البكر والثيب :

وهو داود ومن معه استدلوا بحديث (الثيب أحق بنفسها من وليها) وحديث (ليس للولى مع الثيب أمر) قالوا : هما صريحان فى أن كل أمر الثيب إليها وحدها ومنه عقدة النكاح ، وصريحان أيضا فى الأمر باستئذان البكر ، فليس للبكر حق إلا أن تأذن فى نكاحها ، وهو يدل على أن الذى يتولى نكاحها إنما هو غيرها ، وهو الولى الذى يستأذنها .

دليل من اشترط إذن الولى دون مباشرته :

وهو أبو ثور استدل بحديث عائشة رضى الله عنها « أيما امرأة نكحت بدون إذن وليها فنكاحها باطل » الخ فإنه يدل على أن نكاح المرأة نفسها إنما يكون باطلا إذا كان بغير إذن وليها فإذا زوجت نفسها بإذن وليها صح نكاحها ولا يتوقف على مباشرة الولى .

واستند محمد فى قوله : (إن العقد موقوف على إجازة الولى) إلى هذا الحديث غير أنه قال : إن الإذن أعم من أن يكون سابقا أو لاحقا .

دليل من صحح العقد فى الكفء وأبطله فى غيره وهو منسوب إلى الزهرى والشعبى .

استدلوا بقول النبى صلى الله عليه وسلم لأم سلمة رضى الله عنها « ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك » جوابا لقولها : ليس أحد من أوليائى شاهدا .

فإنه يدل على صحة العقد بغير ولى حيث لا يكون هناك موجب لكراهة الأولياء بأن توفرت الكفاءة ، ويدل بمفهومه على خلاف ذلك .

« مناقشة أدلة المذاهب وذكر المختار منها » .

هذه هى أدلة المذاهب فى مسألة النكاح بغير ولى ، ولعلك تلمح وأنت تقرأ أدلة الحنفية ما تستطيع أن ترد به على داود ومن وافقه فى التفرقة بين البكر والثيب من أنه لا يعقل أن يكون للبكارة معنى يكون سببا فى بطلان العقد بعبارة البكر بعد أن يتوفر فيها العقل والبلوغ ، وليس فى حديث (الثيب أحق بنفسها والبكر تستأمر وإذنها صماتها) ما يدل على عدم صحة العقد بعبارة البكر ، بل كل ما يؤخذ منه أن يكتفى منها ـ نظراً لحيائها ـ بما يدل على رضاها بالنكاح ، أما أن العقد يكون باطلا إذا عقدته بنفسها فهذا ما لا يدل عليه الحديث .

وعلى هذا فلا وجه لقولهم فى الاستدلال إنه ليس لها حق إلا أن تأذن فى نكاحها .

وأما ما استدل به أبو ثور بحديث (أيما امرأة نكحت بدون إذن وليها فنكاحها باطل) الخ فيتجه عليه أن هذا الحديث قد روى من جملة طرق مدارها على ابن شهاب الزهرى غير أن بعضها من رواية ابن جريج عن سليمان ابن موسى عن الزهرى ، وبعضها من رواية الحجاج بن أرطأة عن الزهرى ، وبعضها من رواية ابن لهيعة عن شيخه عن الزهرى .

وابن لهيعة معروف [1] ، والحجاج بن أرطأة ضعيف ولم يثبت سماعه من الزهرى ، فحديثه منقطع .

أما الطريق الأول (رواية ابن جريج عن سليمان بن موسى عن الزهرى) فقد أخبر يحيى بن معين عن ابن علية عن جريج أنه سأل الزهرى عن هذا الحديث فلم يعرفه ، فقال له : إن سليمان بن موسى حدثنا به عنك ، فأثنى على

(١) بأنه مردود الحديث تراجع كتب الرجال حتى قيل فيه بأنه كذاب

سليمان خيرا وقال : أخشى أن يكون قد وهم على ، وفى هـــذا إيماء إلى أن الزهرى يكذب هذه الرواية وينكرها لا أنه نسيها ، لأن هذا اللفظ فى عرف المتكلمين من أهل العلم يفيد معنى النفى .

وقد نقل هذا الطحاوى فى معانى الآثار والحافظ ابن حجر فى الدراية ، وعلى هذا فلا وجه لإعلال هذه الحكاية عن ابن جريج ، كما أنه لا وجه لقولهم إنه على تقدير صحتها لا تدل إلا على نسيان الزهرى ، ولا يلزم من نسيان الزهرى أن يكون سليمان بن موسى واهما عليه ، لأن الزهرى - كما تبين - لم يكن ناسيا وإنما كان منكراً ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى فإن عائشة التى روى عنها هذا الحديث قد زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن ، وكان غائبا ، ولم يكن قد أذنها فى هذا التزويج كما يدل عليه ما جاء فى رواية ذلك من قول عبد الرحمن حينما حضر - أمثلى يصنع به هذا ويفتات عليه فى بناته ؟ فلو كان هذا الحديث صحيحا لكان الزواج باطلا ، وكان لا بد من إعادة العقد على حفصة مع أنه لم يحصل ، ثم لو كان صحيحا أيضا لما عملت عائشة على خلافه .

وعلى فرض صحة الاحتجاج به فغايته أنه حسن ومثله لا يقاوم الصحيح الذى استدل به من لا يشترط الولى .

وهذا هو عين ما يتجه على محمد بن الحسن فيما ذهب إليه [1] .

---

(١) علق فضيلة الزميل الشيخ مصطفى مجاهد فى مذكرته من ص ٧٤ إلى ص ٨١ بما حاصله :

(ا) أنه سلم بعدم الاستدلال بطريق الحجاج وابن لهيعة ، وإن كان بعد ذلك قد ساق بعض ماقاله البيهقى على سبيل الإلزام ؛ وإنى أقول - لأخى - إن طريقته هذه تحسن فى مقام الجدل ؛ وأما فى الفقه المقارن فإن المطلوب —

وأما استدلال الزهرى والشعبى بحديث زواجه صلى الله عليه وسلم بأم سلمة ، فيتجه عليه أنه استدلال بالمفهوم ودلالة المفهوم ـ على فرض اعتبارها ـ

ـــهو الوصول إلى أقوى المذاهب دليلا بصرف النظر عن صاحب هذا المذهب وعن رأيه فى مسألة أخرى ، ولذلك فلن أتعرض لما قاله لأنى لست فى مقام الدفاع عن مذهب الحنفية فى غير هذه المسألة .

(ب) حاول فضيلة الزميل أن يشكك فى رواية ابن علية عن ابن جريج وساق جملة نقول تثبت أن ابن جريج لم ينقل عنه مثل هذا القول .

وإنى أنقل مما نقل ما يفيد أن رواية ابن عليه عن ابن جريج قد ثبتت عن بعض الحفاظ .

ففى ص ٧٦ نقل عن الحافظ ابن حجر فى تلخيص الجبير : قال الترمذى (فى هذا الحديث) حديث حسن ؛ وقد تكلم فيه بعضهم من جهة أن ابن جريج قال : ثم لقيت الزهرى فسألته عنه فأنكره ، قال : فضعف الحديث من أجل هذا » .

فإن كان هذا الكلام من الترمذى فهو حسبنا ؛ وإن كان من كلام ابن حجر فهو الثقة ، ويكفى مثل هـــذا للتشكيك فى وصل الحديث ، فأين هذا من الأحاديث التى تمسك بها من لم يشترط الولى فى نكاح الرشيدة بعد أن بين وجه الاستدلال بها ، ورد كل اعتراض وجه إليه .

(ج) وأخيراً سلم بصحة رواية ابن عليه (وإن كان على سبيل التنزل) وقال : إن نسيان الزهرى لا يقدح فى صحة الحديث ولا فى وصله ، لأن الراوى عنه ثقة مقبول .

وإنى معه لولا أن عبارة الزهرى ظاهرها يفيد رد رواية سليمان ، ـ

لا تقاوم منطوق أدلة من لا يشترطون مباشرة الولى ، وهي ـ كما رأيت ـ عامة لم تفرق بين التزويج بالكفء والتزويج بغيره ، على أن غاية ما يدل عليه

— والمتبادر منها أن هذا ليس من مروياته ، فنص العبارة كما نقلها المحدثون : « أخشى أن يكون قد وهم على » ثم لماذا نصمم على أن الناسى هو الزهرى ـ مع علو كعبه فى التحديث ـ دون سليمان وهو مع عدالته دون الزهرى بلا ريب ، فأحد الراويين نسى بدون شك ، وهذا توهين للحديث ـ يزاد على ما تقدم أن ابن حزم ذكر فى المحلى ج ٩ ص ٤٥٢ أن معمراً سأل الزهرى عن الرجل يتزوج المرأة بغير ولى ، فقال : إن كان كفئاً لها لم يفرق بينهما . فهذا دليل على أن الزهرى ليس فقط ناسيا للحديث ، بل منكرا له لعمله بغير ما روى ، ومثله لا يترك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم الذى صح عنده لقول آخر ، أفلا يدل ذلك على أن الناسى هو سليمان لا الزهرى .

ولكى نقطع حبل الشك فى رواية ابن علية عن ابن جريج أعرض عليك ما قاله فيه الذهبي فى تذكرة الحفاظ ج ١ ص ٢٩٦ .

روى له أصحاب الكتب الستة :

قال أبو داود صاحب السنن : « ما أحد إلا وقد أخطأ إلا ابن علية ، وبشر بن المفضل » وقال ابن معين : « كان ابن علية ثقة ورعا تقيا » وقال شعبة : ابن علية سيد المحدثين .

(ب) علق على خبر تزويج عائشة لبنت أخيها عبد الرحمن بأن مخالفة الراوى لما رواه لا تنافى حجية ما روى ، لأن الحجة فيما نقله إلينا عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، ونحن نقول له : إن عمل الراوى بغير ما روى يرد روايته ، فالشأن فى الصحابى العدالة ، وإن عمله بغير روايته دليل على أنه —

هـذا المفهوم أن للمرأة حق الامتناع عن مباشرة العقد إذا كان الولى غائبا ، وكان الزوج مظنة ألا يرضى به الولى ، وبعـد هذا يحتمل أن يكون امتناعها لعدم صحة العقد بعبارتها كما يحتمل أن يكون لخوف اعتراض الولى على العقد وطلبه فسخه إذا حضر ، وتعين أحد هذين الاحتمالين لا بد له من دليـل ، والدليل قائم على تعين الثانى ، وذلك لمـا سبق من الأدلة التى لم تفرق فى صحة العقد بعبارة النساء من الزوج بالـكفء والتزوج بغيره .

هذا وقد علمت أن هذا المذهب رواية الحسن عن أبى حنيفة وقد نص علماء الحنفية على أنها المختارة للفتوى فى زواج غير الـكفء .

قال شمس الأئمة : وهـذا أقرب إلى الاحتياط : إذ ليس كل ولى يحسن المرافعة ، ولا كل قاض يحسن الحـكومة ، ولو أنصف الولى ، وعدل القاضى

ـــ اطلع على ناسخ أو على دليل آخر يصرف اللفظ عن ظاهره ؛ وأياً ما كان فالمسألة خلافية بين الأصوليين (براجع المنار وشروحه وحواشيه) مطبعة الآستانة ص ٦٦١ . أما القول بأنه يجب حمل ذلك على انها رضى الله عنها كانت تمهد أسباب التزويج ، ثم تأمر أحد الأولياء أن يتولى العقد - فهذا الاحتمال وإن كان جائزا لا واجبا - إلا أن عبـارة ابن حزم فى المحلى ج ٩ ص ٤٥٢ تدل على غير هذا ، فقد ورد فيه مانصه : « وقد صح عنها أنها كانت أنـكحت بنت أخيها عبد الرحمن ، وهى بـكر ، وهو مسافر بالشام ، قريب الأوبة ، بغير أمره . الخ » .

ولعل عقد حفصة لم يحضره إلا قلة من الرجال ، ومثل عائشة فى جلالة قدرها تزين المجلس الذى تحضره ، فإنها لن تـكون متبذلة ؛ بل كما تحضر الأم مجلس أبنائها ، وليس من داع يوجب صرف الحديث عن ظاهره على سبيل الوجوب لا الجواز .

فقد يترك أنفة لكثرة التردد على أبواب الحكام ، واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر ، فكان منعه دفعا له خصوصا وأن الذين جعلوا للولى حق الاعتراض قيدوه بما إذا لم تلد أو تحبل حبلا ظاهرا فيسقط مالهم من حق الاعتراض صونا للولد ومحافظة على الحمل من الضياع ، وبذلك يتقرر العار ولا سبيل للولى إلى دفعه :

وهذا المعنى فى الواقع ترجيح لاحتمال عدم صحة العقد ، وتخصيص لأدلة الحنفية التى تفيد الصحة مطلقا بما إذا لم يكن الزوج كفئا ، وهذا تخصيص بقاعدة ثابتة مستقرة فى الشريعة (وهى قاعدة درء المفاسد وقاعدة لا ضرر ولا ضرار) فلا مانع من قبوله .

وقد يقال : إن غاية ما يستدعيه هذا اعتبار رضا الولى فى غير الكفء أما أن العقد يجب أن يكون بعبارته ، ويكون باطلا بعبارتها فلا دليل عليه وهو موضع النزاع .

مناقشة الحنفية لأدلة الجمهور :

أما استدلال الجمهور على لزوم الولى بآية « وأنكحوا الأيامى منكم » وآية « ولا تنكحوا المسلمين حتى يؤمنوا » فيتجه عليهم أن الخطاب فيها يحتمل احتمالا قويا أن يكون لعامة المسلمين لا لخصوص الأولياء ، ولا لأمرهم بمباشرة عقد الزواج فهو من باب التشريع العام ، ويكون المسلمون مأمورين فى الآية الأولى بالعمل على إعفاف الأيامى وعدم الحجر عليهن فى التزوج كما كان يفعل أهل الجاهلية ، ويدل على هذا ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير » وواضح أن الغرض من ذلك الإعفاف بتسهيل طرقه وعدم الحجر على النساء فى الزواج

وأما الآية الثانية فالمقصود منها هو اشتراط إيمان الزوج إذا كانت المرأة مؤمنة ، فهو تقرير مبدأ عام للمسلمين يجب أن يسيروا عليه فى علاقة الزوجية وليس خطابا لخصوص الأولياء، ولا نهيا لهم خاصة عن مباشرة عقد تزويج المشركين (والقول بأن الأصل فى الخطاب أن يوجه إلى من يحصل منه الفعل ، لا إلى من يحصل بينهم الفعل ، والحمل على الحقيقة واجب مالم تقم قرينة على المجاز ولا قرينة هنا) قلنا القرينة هنا الجمع بين الأدلة ومنها الآيات التى تمسك بها الحنفية .

وأما استدلال الجمهور بقوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن » فاستدلالهم بها مبنى على أن الخطاب فيها للأولياء وقد اختار الفخر الرازى أنها خطاب للأزواج قال : والذى يدل عليه أن قوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن » جملة واحدة مركبة من شرط وجزاء ، ولا شك أن الشرط خطاب مع الأزواج فوجب أن يكون الجزاء خطاباً معهم أيضا ، وإلا لزم تفكك النظم الكريم ، ثم قال : والمحافظة على نظم القرآن من التفكك أولى من المحافظة على خبر الواحد الذى بين سبب النزول .

(والقول بأنه لا يشترط أن يكون الفاعل فى الشرط والجزاء واحداً مسلم إذا لم يكن الفاعل فى الشرط والجزاء ضميرين من جنس واحد (كما فى الآية) فهل يحسن أن يقال : إذا سافرتم فلا تسيئوا إلى الناس : على أن يكون الخطاب فى الشرط للمزمعين السفر والخطاب فى الجزاء للمقيمين ؟! وإن قلتم : إن القرينة هى سبب النزول الذى ورد للحديث الصحيح المتقدم ذكره فى الاستدلال قلنا : إن حل هذا الإشكال يكون بالأخذ بما ارتآه الشيخان شلتوت والسايس من أن الخطاب لجماعة المسلمين ، وتكون الآية نهياً لجماعة

المسلمين أن يكون بينهم عضل للنساء سواء كان العضل من الأزواج وهذا غير مستبعد ويشهد له واقع الحياة الآن وقبل الآن ، فكم من زوج طلق زوجته ومنعها من التزوج بغيره أنفة وكبراً ، وهى لا تستطيع أن ترفع أمرها إلى الحاكم لظروفها أو لشدة بأسه وقوة نفوذه ، أو كان العضل من الأولياء كما وقع من معقل بن يسار ، وكما يقع من غيره من الأولياء وأعتقد أنه لا مخلص من الإشكال الذى أورده الفخر الرازى إلا بالمصير إلى هذا الرأى

على أنا لو سلمنا أن الخطاب للأولياء فنهيهم عن العضل لا يدل على أمر التزويج بمعنى مباشرة العقد لا يملكه إلا الأولياء ، فإن العضل هو المنع ، والمنع يتحقق بالحبس وغيره من طرق المنع الحسى ، وهذا شىء يقدر عليه الأولياء ، وكان مألوفا عند كثير منهم ، ويدل عليه قوله تعالى : « أن ينكحن » حيث نسب النكاح إليهن لا إلى الأولياء ، وهو دليل واضح على أن العضل المنهى عنه هو منعهن عن أن يباشرن عقد زواجهن بمن يخترن من الأزواج .

وبذلك نرى أن الآية إنما تصلح دليلا لمن لا يشترط عبارة الولى فى النكاح.

وأما استدلالهم بحديث « لا نكاح إلا بولى » فيتجه عليهم فيه أنه ضعيف مضطرب فى إسناده ؛ فرواه موصولا اسرائيل وشريك عن أبى إسحاق عن أبى بردة عن أبى موسى عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ورواه منقطعا أسباط ابن محمد وآخرون عن يونس بن أبى إسحاق عن أبى بردة ، فلم يذكروا أبا إسحاق ؛ ورواه مرسلا شعبة وسفيان الثورى ، فلم يذكرا أبا موسى ، وكل واحد من شعبة وسفيان حجة على إسرائيل وجميع من معه ، فكيف بهما إذا اجتمعا ؟ فهو حديث لا تقوم به حجة على أصلهم [1] ، ولو سلمنا صحة الاحتجاج

---

(١) من أصول الشافعية ومن معهم أن الحديث المرسل ليس بحجة .

به ، بناء على تقديم الوصل على الانقطاع عند التعارض ، فغايته أنه حسن ، وهو لا يعارض الصحيح الذى ذكرنا « الأيم أحق بنفسها » الخ .

هذا ومهما قيل فى تقوية هذا الحديث فإنه لا يقوى من ناحية السند على معارضة الحديث الآنف ذكره المجمع على صحته وعدم اضطرابه ، ويبقى الكلام على دلالته على أن عبارة النساء معتبرة فى النكاح ، وأظن أن فيما تقدم من التقرير والرد على شبه المخالفين ما يكفى لقيام الحجة به على صحة عبارة النساء فى النكاح ، فلا يعيده خشية الإطالة .

والقول بأن الحديث المرسل حجة عند الحنفية فلم ردوه هنا ؟ أجيب بأنه معارض بحديث (الأيم أحق بنفسها من وليها) وهو أقوى منه .

بقى إشكال له أهميته وهو أن سند الحنفية فى اشتراط الشهادة هو هذا الحديث من طريق عائشة رضى الله عنها على ما رواه ابن حبان فى صحيحه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » الخ ، ونقل عن ابن حبان أنه قال « لا يصح فى ذكر الشاهدين غير ذلك » .

والجواب عن هذا الإشكال أن اشتراط الولاية قد وجد له معارض قوى من الأدلة التى ساقها الحنفية ، بينما لا معارض له فى اشتراط الشهادة فقلنا باشتراطها .

وأما استدلال الجمهور بحديث : « أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل » فقد علمت ما يتجه عليه عند مناقشة مذهب أبى ثور ومحمد بن الحسن .

ويزاد هنا أن هذا الحديث يخالف مذهب الجمهور ، فإن مفهومه ــ وهم يعتدون بالمفهوم ــ أنها إن نكحت بإذن وليها كان صحيحا وهو خلاف مذهبهم .

(والقول بأن نكاحها بإذن الولى باطل بمفهوم الموافقة وأنه أولى بالبطلان مما إذا زوجت نفسها بغير إذنه قول واضح الفساد لغة وعقلا) .

وأما حديث « لا تزوج المرأة المرأة » الخ ، فقد قال فيه ابن كثير الصحيح وقفه على أبى هريرة رضى الله عنه ، وقد جاء فى لفظ للدارقطنى « كنا نقول : التى تزوج نفسها هى الزانية » ، وعلى تسليم رفعه فغايته التنفير من استبداد المرأة بنفسها فى الزواج ؛ وليس فيه ما يدل على فساد العقد ، ألا ترى أنه سماه زواجا ؛ وهذا الأسلوب معروف فى التنفير ، ومنه قوله تعالى : « الزانى لا ينكح إلا زانية أو مشركة ، والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المؤمنين »[1] .

ولا ريب أن محاسن العادات ، وما ينبغى للمرأة من عدم الخروج عن مألوفها أمر مستحسن ، ولكن فساد العقد بعبارتها شىء وراء ذلك ، ولم يقم عليه دليل إلى الآن .

وأما المعقول فيتجه عليهم فيه أن تحصيل المقاصد التى ذكروا للنكاح لا تتوقف على ان يباشر الولى العقد بنفسه ، بل يكفى فى حصولها أن يأذن لها الولى أو يرضى به ، وليباشر العقد بعد ذلك من يباشره ، فهو دليل قاصر عن عموم الدعوى التى هى عدم انعقاد النكاح بعبارة النساء .

---

(١) سورة النور : الآية ٣ ؛ هذا وقد قيل إنه قد رفع صدر الحديث وهو « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها » ، وأما العجز فقد روى تارة موقوفا وتارة مرفوعا ، هذا وابن كثير من المحدثين ومن أصحاب الشأن فى هذا الأمر ، ولعله لو صح رفعه لكان النهى مفيداً للكراهة جمعا بين الأدلة ، وكون النهى عن الشىء يقتضى الفساد أو لا يقتضيه مسألة خلافية بين الأصوليين : ألا ترى أن النهى عن البيع عند الآذان يوم الجمعة لا يقتضى فساد البيع عند جمهرة العلماء إلى كثير من الأمثلة .

والعلة الحقيقية فى فوات هذه المصالح ليست هى الأنوثة كما يظن ، وإنما هى الصغر الذى من شأنه أن يمنع عن مراعاة المصالح ، فلا يصلح أن تكون مظنة ، قال الكمال : « ومجرد وقوع المفسدة أحيانا لا يوجب المظنة ، وإذا وجد فللولى رفعه ، وكون ولى يحتشم قليل بالنسبة إلى دفع العار عن النفس .

ولو سلمنا فليس ما ذهبوا إليه متعينا لدفع الخلل إذ لا فرق فى دفعه بين أخذ الرأى ومباشرة العقد .

وخلاصة القول أن الكتاب وعمل الرسول صلى الله عليه وسلم وقوله وقواعد الأهلية المقررة بصحة التصرفات ، كل هذا يشهد شهادة واضحة لمن يقول بصحة العقد بعبارة النساء البالغات الحرائر العاقلات سواء أكان لهن أم لغيرهن بوكالتهن .

ويكفى فى مراعاة حق الولى أن يستأذن فى غير الكفء أو يقبل اعتراضه على العقد إذا لم يأذن .

ونقول : مراعاة للآداب الإسلامية ـ إنه يستحب أخذ رأى الولى ، وأن يباشر العقد بنفسه « كيلا تنسب إلى الوقاحة والخروج عن مألوف العادات »

وإن الشريعة الإسلامية التى تقرر حق المرأة فى الحياة العامة ويجعل لها فى حياة الزوجية حقا مثل حق الرجال « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف[1] » وتبيح لها التصرفات مع المحافظة على العفة والشرف ليبعد كل البعد أن تجعل عبارتها مفسدة للعقد حضر الولى أو غاب ، رضى الولى أم لم يرض .

وإن صح أن يكون لهذا شبهة من الحق فيما إذا غاب أو لم يأذن فما هى الشبهة فيما إذا حضر أو أذن ؟!!

---

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

ولاية الإجبار فى النكاح (*)

الأنثى التى يراد تزويجها إما أن تكون صغيرة أو كبيرة ؛ وعلى كل فإما أن تكون بكراً أو ثيباً ؛ وعلى كل فإما أن يزوجها الأب أو غيره من الأولياء ، فهذه ثمان صور هى :

(١) صغيرة بكر يتولى تزويجها الأب .
(٢) كبيرة بكر يتولى تزويجها الأب .
(٣) صغيرة بكر يتولى تزيجها غير الأب .
(٤) كبيرة بكر يتولى تزويجها غير الأب .
(٥) صغيرة ثيب يتولى تزويجها الأب .
(٦) صغيرة ثيب يتولى تزويجها غير الأب .
(٧) كبيرة ثيب يتولى تزويجها الأب .
(٨) كبيرة ثيب يتولى تزيجها غير الأب .

وفى حكم إجبار الولى للأنثى فى هذه الصور اختلاف وتفصيل بين العلماء .

هذا وليس مقرراً على طلاب الصف الرابع من كلية الشريعة إلا الصورة الثانية ؛ وهى إجبار البكر الكبيرة التى يتولى تزويجها الأب ؛ وإلا الصورة الرابعة ؛ وهى البكر الكبير التى يتولى تزيجها غير الأب .

وإنما عرضنا لبحث باقى المسائل إتماما للنفع ؛ ولارتباط بعضها ببعض .

(*) هذا البحث اشترك معى فى وضع أسسه زميلى وأخى المرحوم فضيلة الشيخ محمد على الديب ، ولكنى زدت فيه بعض اعتراضات أوردت على ما سبق اختياره والإجابة عليها .

وإليك بيان أحكام هذه الصور وآراء الفقهاء فى كل منها مفصلا .

(١) تزويج الأب البكر الصغيرة :

اتفق العلماء على أن للأب تزويجها من الكفء دون توقف على رضاها ، ولا خيار لها بعد البلوغ .

وحكى الطحاوى عن ابن شبرمة منع زواج الصغيرة إذا لم تصل إلى سن يمكن معه الاستمتاع بها جنسيا سواء فى ذلك الأب أو غيره، وحكى ابن حزم عنه : أنه لا يجوز إنكاح الأب ابنته الصغيرة حتى تبلغ وتأذن [١] ، وطبعا غير الأب من باب الأولى .

وقد استدل ابن شبرمة على ما ذهب إليه بالأحاديث التى تمنع نكاح البكر حتى تستأذن ؛ وطبعى أن الصغيرة ليست أهلا للاستئذان .

ومن هذه الأحاديث ما رواه أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ؛ ولا البكر حتى تستأذن ، قالوا يا رسول الله : وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت » رواه الجماعة .

فهذا الحديث وغيره مما ورد فى هذا المعنى جعل للبكر حقا فى استئذانها فى النكاح ، والصغيرة ليس لها إذن معتبر ، فينتظر إلى حين بلوغها حتى تستأذن ، فيكون نكاحها قبل البلوغ غير صحيح ، وإن باشره الأب ، وهذا الاستدلال يتفق مع رواية ابن حزم عنه وقيل للاستدلال لهذا المذهب : إن القصد الأول من النكاح هو التناسل أو الاستمتاع والإعفاف ، والصغيرة لا تصلح لهما وهذا يتفق مع ما رواه الطحاوى عنه .

دليل الجمهور :

استدلوا بعد الإجماع بالكتاب والسنة والمعقول .

---

(١) نيل الأوطار للشوكانى جـ٦ صـ١٢٠ ، والمحلى لابن حزم جـ٩ صـ٤٥٩

أما الكتاب فقوله تعالى « واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن [١] » .

ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله ـ سبحانه وتعالى ـ جعل عدة اللائى لم يحضن ثلاثة أشهر كالآيسات من المحيض ، وهذا يتناول الصغيرة ، ولا تكون العدة ـ كذلك ـ إلا من طلاق أو فسخ فى نكاح بعد الدخول ، فدل ذلك على أنها تزوج وتطلق ، ولا إذن لها حتى يعتبر .

والاستدلال بهذه الآية على المطلوب بطريق دلالة الإشاره [٢] الواضحة الجلية .

وأما السنة فما روى عن عائشة رضى الله عنها « أن النبى صلى الله عليه وسلم تزوجها وهى بنت ست سنين ، وأدخلت عليه وهى بنت تسع سنين ، ومكثت عنده تسعا » متفق عليه .

وفى رواية « تزوجها وهى بنت سبع سنين » الخ وهى رواية عن أحمد ومسلم .

ولا شك أن بنت الست أو السبع دون البلوغ يقينا ، ودون سن الاستمتاع عادة .

والقول بأن هذا من خصوصياته صلى الله عليه وسلم كزواجه بأكثر من أربع أو التى وهبت نفسها إلى آخر ما نقله عنه ابن حزم مدفوع بأن الأصل عدم الخصوصية إلى أن يقوم الدليل الخاص عليها ، بل الأصل هو

---

(١) سورة الطلاق الآية الرابعة .

(٢) دلالة الإشاره هى دلالة اللفظ على معنى لم يوضع له اللفظ ولكنه لازم للمعنى الموضوع له .

وجوب التآسى به صلى الله عليه وسلم لقوله جل شأنه « لقد كان لكم فى رسول الله أسوة حسنة لمن كان يرجو الله واليوم الآخر ، وذكر الله كثيراً [١] » .

ومما يؤكد عدم الخصوصية أن الصحابة رضوان الله عليهم ، وهم أعلم الناس بالتشريع العام وبالتشريع الخاص بالرسول الأكرم قد تزوجوا الأبكار الصغيرات وزوجوهن .

فقد نقل ابن قدامة فى المغنى عن الأثرم « أن قدامة بن مظعون تزوج إبنة الزبير حين نفست (أى ولدت) فقيل له : فقال : إبنة الزبير إن مت ورثتنى ، وإن عشت كانت امرأتى » .

وزوج على إبنته أم كلثوم ـ وهى صغيرة ـ عمر بن الخطاب رضى الله عنهما [٢] .

وأما المعقول فهو أنه إذا ظهر الكفء ، وكانت المصلحة فى تزويج الصغيرة كان انتظار بلوغها حتى تأذن تفويتا لمصلحتها ، وما جعلت الولاية إلا لرعاية مصالح المولى عليه ، ولا سيما إن كان الولى هو الأب كمسألتنا هذه فهو أعرف بمصلحتها وأشفق الناس عليها ، وإذا كان بعض الآباء يسيئون الاختيار فذلك أمر شاذ لا تبنى عليه قاعدة عامة للتشريع .

ومما يؤكد هذا المعنى أن روح التشريع الإسلامى تدعو إلى تيسير أمر النكاح يدلك على هذا الحديث المشهور « إذا جاءكم الكفء فزوجوه ، إلا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير ، وهذا الحديث كما ترى مطلق لم يقيد الزواج بكبر أو صغر .

---

(١) سورة الأحزاب الآية ٢١ .

(٢) المغنى جـ ٧ ص ٣٨٠ .

هذا وأما أحاديث استئمار البكر التى تمسك بها ابن شبرمة فهى محمولة على البكر البالغة أولا للجمع بين الأدلة ، وثانيا : لما تقرر فى الشريعة من أن الأهلية لا تكون إلا بالبلوغ والعقل فالصغار والمجانين مستثنون من جميع الخطابات العامة فى الشريعة .

ولا شك أن مذهب الجمهور دليله دامغ ، وحجته واضحة وأن القرآن الكريم وفعل الرسول صلى الله عليه وسلم وعمل الصحابة ومن بعدهم يشهد بصحة هذا المذهب ، حتى لقد نقل عن ابن المنذر أنه قال : « أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم أن نكاح الأب إبنته الصغيرة البكر جائز إذا زوجها من كفء [1] » .

وبالرغم من إجماع العلماء - ما عدا ابن شبرمة - على صحة تزويج الأب لابنته الصغيرة البكر من الكفء ، إلا أنهم قالوا : لا يمكن منها زوجها حتى تصلح للمعاشرة الزوجيه الجنسية [2] .

ولمناسبة الكلام على مذهب ابن شبرمة نقول : إن العمل والقوانين التى كان معمولا بها فى البلاد الإسلامية ماكانت تقيد النكاح بأى سن ، سواء فى ذلك الرجل والمرأة ، وماكان القضاة ممنوعين من سماع دعوى الزوجية مهما كان سن أحد الزوجين صغيرا ، إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ فى ١٢ مايو سنة ١٩٣١ الذى رتب المحاكم الشرعية ، فقد جاء فى هذا القانون فى الفقرة الخامسة من المادة (٩٩) ما يأتى :

ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشر سنة هجرية ، أو كانت سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة هجرية إلا بإذن منا » .

---

(١) المغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٧٨ .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٠ بتصرف .

ولا شك أن واضعي هـذا القانون قد استأنسوا برأى ابن شبرمة ـ مع ضعف مأخـذه ـ وإن كانوا لم يأخذوا به حرفيا فرأى ابن شبرمة أن نكاح الصغيرة باطل ، ولـكن القانون المذكور لم يحكم ببطلان نـكاح الصغيرين ، ولـكن اكتفى بمنع القضاة من سماع دعوى الزوجية دون السن القـانونية ، وهذا مبنى على قاعدة شرعية هى أن لولى الأمر منع القضاه من سماع بعض أنواع الدعاوى متى رأى مصلحة الأمة فى ذلك ، والذى دعا إلى سن هـذا القانون أن أكثر الزيجات التى تمت بين الصغار أو كان أحد الزوجين صغيرا جدا كانت زيجات فاشلة لعدم الشعور بالمسئولية ، ولأن ضعف الوازع الدينى جعل بعض الأزواج الكبار لا يحسنون معاشرة الزوجات الصغيرات ، بل يعاشرونهن معاشره منفرة من الحياة الزوجية ، فعلى ضوء هذا صدر القانون المشار إليه ، وقد منع المـأذونون وموثقو العقود من توثيق كل زوجية تقل فيها سن أحد الزوجين عم حدده القانون ، وفرضت عقوبات على من يخالف ذلك ، درءاً للمفاسد وسداً للذرائع .

وإذا كان الكلام يجر بعضه بعضا فلمناسبة الحديث عن تحديد سن الزواج نرى أن بعض الناس يطالبون برفع سن الزواج عن الحد الذى قرره القانون المذكور آنفا بحجة تحديد النسل بعد أن ضاقت رقعة الأرض الزراعية فى مصر عن حاجة السكان المتزايدين سنة بعد أخرى .

وهذه صيحة غريبة عن بيئتنا الإسلامية ، فإن روح الإسلام تدعو إلى كثرة النسل ؛ وها هى الدول العظمى الآن والتى تتنازع سيادة العالم يعـد سكانها بمئات الملايين لا بعشراتهـا ، ونحن ـ فى مصر ـ لو لا كثرة السكان وتزاحمهم فى الحياة لـكنا كما كان آباؤنا وأجدادنا أمة زراعية ، وما كنا فى حاجة إلى أن ننشىء الصناعات المختلفة ، وأن نضرب فى الأرض سعيا وراء

الرزق ، وها نحن كل يوم ـ تحت ضغط تكاثر السكان ـ نعمر خرابا ، ونستغل موارد بلادنا ما وسعنا الاستغلال ، فكل دعوى لتحديد النسل تحديداً عاماً دعوى يراد بها تجميد مجهود هذه الأمة نحو هدفها الكبير وهو تكوين أمة عربية عظيمة .

نعم يجوز للأفراد ـ تحت ظروف خاصة ـ أن يعملوا على تحديد النسل بالوسائل المشروعة المأمونة العواقب ، وأما أن يكون هذا قانونا عاما وتشريعا ملزما ، فهذا ما لا يتفق مع روح الإسلام التى تدعو إلى أن نكون أقوياء بكثرة عددنا ، وقوة أبداننا ، وحسن استعدادنا .

على أن جو بلادنا يجعل إيجاب تأخير سن الزواج نكبة أخلاقية لا يقادر قدرها ، فإنه ـ وإن كان قد يقلل النسل المشروع ـ فسيكثر اللقطاء وسينتشر بين الناس قتل الأطفال غير الشرعيين ، وسنصبح أمام مشاكل كثيرة نعوذ بالله أن نتورط فيها ، وبدلا من الدعوة إلى تحديد النسل بصفة جماعية قانونية ملزمة ، فلندع إلى إيجاد موارد جديدة ، أو استغلال مواردنا التى لم تستغل بعد الاستغلال المناسب .

هذه كلمة عابرة دعانى إليها الكلام عن مذهب ابن شبرمة وقانون تحديد سن الزواج ، فأردت أن أقول رأيى ، إرضاء لضميرى ، ونصيحة لله ولرسوله ولأئمة المسلمين وعامتهم .

هذا ، ولنعد إلى بحثنا الفقهى :

ما تقدم من الكلام إذا كان العاقد الأب لابنته الصغيرة على كفء وأما إن كان على غير كفء ففيه اختلاف فى المذاهب وإليك بيانها مع أدلتها .

الرأى الأول : البطلان ، وهو إحدى الروايتين عن أحمد وأحد قولى الشافعى .

ووجه هذا الرأى أن ولاية الأب مشروطة بالنظر فإذا زوجها دن غير كفء لم يكن فى ذلك نظر لها ، فلا يصح العقد كسائر الأنكحه المحرمة .

الرأى الثانى : أن العقد صحيح ، وعلى الأب فسخه ، ولا يسقط حق الفسخ برضاه ، لأن الفسخ لحقها ، وحقها لا يسقط برضاه وهذا الرأى رواية أخرى عن أحمد والقول الثانى للشافعى ووجهه أن عدم الكفاءة عيب فى المعقود عليه ، فلا يمنع الصحة كشراء المعيب الذى لا يعلم عيبه .

ومقتضى هذا التعليل أن النكاح يكون فاسدا إذا علم الأب أن الزوج غير كفء ، لأنه يكون آثما .

الرأى الثالث : صحة العقد ونفاذه ولزومه وهو مذهب الحنفية والمالكية والزيدية والإمامية .

وذلك لأن وفرة شفقة الأب تجعله حريصا على اختيار الكفء فلا يعدل عنه إلى غيره إلا لاعتبارات لها وزنها وقيمتها وإن أساء بعض الآباء الاختيار فذلك نادر لا يبنى عليه تشريع عام [1] .

والذى تميل له النفس أن الكفاءة كما هى حق للأولياء هى - كذلك حق للمرأة ، فإنها تتضرر بالزوج الحقير الشأن كتضرر أوليائها بل ربما كان تضررها أشد : ولما كان عقد الأب لإبنته الصغيرة صادراً عن ولاية ، وربما كانت له وجهة نظر لاختيار غير الكفء فإن العقد يقع صحيحا وينفذ ولكن إذا أصبحت ذات رأى يعتد به ، وذلك بالبلوغ والعقل فإنى أرى أن

---

(١) يراجع المغنى ج ٧ ص ٣٨١ ، ٣٨٢ . البحر الزخار ج ٣ ص ٥١ ؛ والشرح الكبير على متن خليلى ج ٢ ص ٢٢٢ ، وكتاب الخلاف للطوسى ج ٢ ص ٦٠ ، ٦١ ، شرح الزيلعى على الكنز ج ٢ ص ١٢٢ مطبعة بولاق ، وشرح الروض للشيخ زكريا الأنصارى مع حاشية الرملى ج ٣ ص ١٢٦ .

يثبت لها الخيار حتى لا تضار دائماً بزواج غير الكفء حيث لم يكن لها اختيار وقت العقد لصغرها ، وبهذا تتقارب مسافة الخلف بين الذين قالوا بالبطلان والذين قالوا بالصحة والنفاذ واللزوم [1] .

هذا والمجنونة ولو كبيرة كالصغيرة فى جميع هذه الأحكام .

(٢) تزويج الأب البكر الكبيرة :

ذهب الشافعى والليث بن سعد وابن أبى ليلى وإسحاق بن راهويه إلى أن للأب تزويج البكر الرشيدة بغير إذنها بل قهراً عنها وهذا القول رواية عن أحمد وهو ظاهر الروايات عن الإمامية .

وهو مذهب مالك إلا أن البكر التى رشدها أبوها بأن أقر لها برشدها وحسن تصريفها للأمور أو أثبتت بالبينة أنه رشدها فإنها ـ حينئذ ـ لا تجبر .

ونقل فى نيل الأوطار أنه « كان ابن عمر والقاسم وسالم يزوجون الأبكار لا يستأمرونهن » .

ونص فى مذهب الشافعى على أن ولاية الإجبار للأب مشروطة بما يأتى :

أن يكون الزوج كفئا ، والمهر مهر المثل ، وأن لا تكون هناك عداوة ظاهرة بينها وبين الزوج أو بينها وبين أبيها ، وزاد الشهاب الرملى فى حاشيته على شرح روض الطالب شرطا آخر ، وهو أن لا تتضرر بمعاشرته كشيخ هم (كبير جدا) وأعمى وأقطع ونحو ذلك ، وهذا مخالف لما ذهب إليه مالك

---

(١) الكلام عن كفاءة الزوج فى نكاح الصغيرة أصبح ـ الآن ـ غير ذى موضوع بعد أن منع القانون زواج الصغيرات سواء كان العاقد الأب أو غيره للكفء وغيره ، ولكننى بحثته إتماما للفائدة واستيعابا لجمع الصور .

فعنده أن غير المرشدة لأبيها إجبارها ولو لأعمى أو أقـــل حالا ومالا منها أو قبيح المنظر أو بأقل من مهر المثل .

واتفق جميع من قال بولاية الإجبار على أن استئذانها مندوب .

وذهب الحنفية والظاهرية والزيدية والعترة وبعض الإمامية إلى أنه ليس للأب إجبارها على النكاح ، وهو مذهب عثمان بن عفان رضى الله عنه فقد كان إذا أراد أن ينكح إحدى بناته قعد إلى خدرها فأخبرها أن فلانا يخطبها .

ونقل ابن حزم فى المحلى أن هذا مذهب ابن عمر ، وهذا يخالف ما ذكر فى نيل الأوطار .

وهذا المذهب هو مذهب الأوزاعى والثورى وأبى عبيد وابن المنـذر وحكاه الترمذى عن أكثر أهل العلم .

وإذا صرفنا النظر عن بعض التفاصيل فى المـذاهب تلخص لنا فى هذه المسألة رأيان .

الأول : القول بالإجبار .

الثانى : القول بعدم الإجبار [1] .

---

(١) المحلى لابن حزم جـ ٩ صـ ٤٦٠ ، ٤٦١ ، ٤٦٢ ، نيل الأوطار للشوكانى جـ ٦ صـ ١٢٢ ، ١٢٣ ، وشرح الكنز للزيلعى جـ ٢ صـ ١١٧ ، ١١٨ ، وشرح الروض للشيخ زكريا الأنصارى مع حاشية الرملى جـ ٣ صـ ١٢٦ ، ١٢٧ . والشرح الكبير على متن خليل مع حاشية الدسوقى جـ ٢ صـ ٢٢٢ ، ٢٢٣ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٧ صـ ٣٧٩ ، ٣٨٠ ، ٣٨١ ، وكتاب الخلاف للطوسى جـ ٢ صـ ٥٦ ، ٥٧ ، ٥٨ وكتاب المختصر النافع للإمامية صـ ١٩٦ ، ١٩٧ والبحر الزخار جـ ٣ صـ ٢٨ ، ٢٩ .

وسنستدل لكل من الرأيين ضاربين الصفح عن الاستدلال للتفاصيل لكتب المذاهب المختلفة .

أدلة القائلين بالإجبار .

استدلوا بالمنقول والمعقول :

أما المنقول (فأولا) ما رواه الجماعة إلا البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها ، وإذنها صماتها) .

ومما ورد فى رواية لأحمد ومسلم وأبى داود والنسائى (والبكر يستأمرها أبوها) وفى رواية للدارقطنى (والبكر يزوجها أبوها) .

وجه الاستدلال بهذا الحديث بجميع طرقه .

أن الرواية الأخيرة دلت على أن للأب تزويج ابنته البكر رضيت أو أبت وهذا يتفق مع مفهوم المخالفة لصدر الحديث الأول : فإن هذا الحديث قسم النساء قسمين : ثيب وبكر ، فأثبت أحقية الثيب بنفسها من وليها فدل ذلك بطريق مفهوم المخالفة على أن الولى أحق بالبكر من نفسها ، والمراد بالولى هنا هو الأب بدليل الرواية الثانية التى أمرت الأب أن يستأمرها ، فجمعا بين الأدلة يحمل استئمار الأبكار على الندب ليعرف رأيها ، ويقارن بين رأيها ورأيه ثم يمضى بعد ذلك ما يطمئن له قلبه مراعيا فى ذلك مصلحتها ، ويرشح هذا المعنى ما رواه أبو داود وأحمد عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (آمروا النساء فى بناتهن) أى اطلبوا أمر النساء فى بناتهن تطييبا لخاطرهن ، وهذا ليس واجبا بالإجماع فكذلك استئذان الأبكار .

واستدلوا (ثانيا) بما رواه الجماعة إلا مسلما عن خنساء بنت خدام (أن

أباها زوجها ـ وهى ثيب ـ فكرهت ذلك) فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها) .

ووجه الاستدلال أن قول الراوى (وهى ثيب) إيماء وإشارة إلى علة الحكم ، فدل على أن البكر لا يرد نكاحها .

واستدلوا (ثالثا) بالأحاديث الكثيرة التى وردت فى وجوب استئمار اليتيمة ، والمراد باليتيمة من لا أب لها وهى بالغة لأن الصغيرة ليس لها إذن معتبر ، فدل ذلك على أن علة وجوب الاستئمار هو فقد الأب ، ومفهوم ذلك أن الأب لا يجب عليه استئذانها أو استئمارها .

وأما المعقول : فلأن البكر لا تعلم من مصالح النكاح ما يمكن أن يعتمد عليه ، لأن هذا النوع عن العلم يعتمد على التجربة والممارسة ، وذلك بالثيوبة فالتحقت بالصغيرة البكر فى ذلك ، فكان الأب أحق بذلك منها ، بخلاف الثيب فإنها علمت مصالح النكاح بالتجربة والممارسة فناسب أن لا تكون ولايته عليها ولاية إجبارية .

أدلة القائلين بعدم إجبار الأب البكر الرشيدة :

استدلوا بالمعقول والمنقول :

فأما المنقول (فأولا) ما رواه الجماعة عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا البكر حتى تستأذن ، قالوا : يا رسول الله وكيف إذنها ؟ قال : أن تسكت » وفى رواية لابن عباس رضى الله عنهما : « والبكر يستأمرها أبوها » رواه أحمد ومسلم وأبى داود والنسائى .

وجه الاستدلال : أن الحديث بروايتيه ـ وإن كان خبرا فى اللفظ ـ فهو

إنشاء فى المعنى ، فالرواية الأولى نهى عن نكاح البكر حتى تستأذن سواء كان المنكح الأب أو غيره لبناء الفعل للمجهول ، والرواية الثانية أمر للأب أن يستأمرها إن كانت بكرا ، والأمر يفيد الوجوب ، فدلت الروايتان مجتمعتين على حظر زواج الأبكار بدون استئذان ووجوب استئمارهن ولو كان العاقد الأب بأبلغ عبارة ، وهى التعبير عن الإنشاء بالخبر ، فكأن هذا الأمر مقرر فى نفسه .

وأيضا فإن لفظة « الأيم » الواردة فى هذا الحديث ، وفى رواية ابن عباس رضى الله عنهما : « الأيم أحق بنفسها من وليها » يراد بها المرأة التى لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا ، بدليل قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم » وعلى هذا فلفظ « الأيم » يتناول البكر والثيب ؛ وإنما خصت البكر بالذكر بعد ذلك لأن لها رخصة فى التعبير عن رضاها بطريق يخالف الثيب ، وهو الاكتفاء منها بالسكوت دلالة على رضاها .

وعلى فرض التنزل إلى أن المراد بالأيم الثيب كما ورد فى بعض الروايات فإن المغايرة بين الثيب والبكر بالاستئمار فى الأولى ، والاستئذان فى الثانية لا يدل على إجبار ، بل هى والثيب سواء فى اشتراط رضى كل منهما ، ولا فرق بينهما إلا فى طريقة الإعلان عن ذلك الرضا ، فإنه فى الثيب لا بد وأن يكون صريحا ؛ وأما فى البكر فيكتفى منها بما يدل عليه ولو بالسكوت .

هذا والمتتبع لحديث الاستئمار والاستئذان من طرقه المتعددة فى مظانه يجد أنه ورد الاستئمار للثيب والاستئذان للبكر وبالعكس ، وهذا يدل على أنه لا فرق بينهما شرعا ، كما لا فرق بينهما لغة ، فالاستئمار طلب الأمر ، والاستئذان طلب الإذن ، وهما كما ترى ؛ وليس هناك من فرق سوى كيفية الإذن من الثيب أو البكر .

واستدلوا (ثالثا) بما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما (أن جارية بكراً أتت رسـول الله صلى الله عليه وسـلم فذكرت أن أباها زوجها وهى كارهة فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم) رواه أحمـد وأبو داود وابن ماجه والدارقطنى متصلا ورواه الدارقطنى أيضا عن عكرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا ، وقال الدارقطنى إنه أصح .

هذا وقـد روى ابن حزم بإسناده عن جابر بن عبد الله رضى الله عنه (أن رجلا زوج ابنته وهى بكر من غـير أمرها فأتت النبي صلى الله عليه وسلم ففرق بينهما) .

وروى كذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما (أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أبى زوجنى ـ وهى كارهة ـ فرد النبي صلى الله عليه وسلم نكاحها) .

وروى مثل ذلك عن نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما فـكل تشكيك فى صحة هذا الحديث الذى هو نص فى الموضوع لا يمليه إلا التعصب .

وغاية ما قيل فى رواية ابن عباس أن الأصح إرسالها فقد روى المحدثون بأنها رويت موصولة من طريق أيوب بن سويد عن الثورى عن أيوب موصولا ، كما روى من طريق معمر عن زيد بن حباب عن أيوب موصولا .

ومن المعروف أنه إذا اختلف فى وصل الحديث وإرساله حكم لمن وصله على طريقة الفقهاء .

وغاية هذا أن الحديث حسن وهو حجة عند الجميع حيث لم يعارضه دليل أقوى منه .

ولئن سلمنا ـ تنزلا ـ بأنه مرسل فهو حجة عند الحنفية ـ كما هو معلوم فى الأصول .

ومع هذا فإن الروايتين المرويتين من طريق ابن حزم عن جابر وعن ابن عمر لم يطعن فى سندهما أحد .

واستدلوا (رابعا) بحديث عائشة رضى الله عنها قالت : قلت يا رسول الله : (تستأمر النساء فى أبضاعهن ؟ قال : نعم ، قلت : إن البكر تستأمر فتستحى فتسكت ، فقال : سكاتها إذنها) متفق عليه .

واستدلوا (خامسا) بما روى عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال : جاءت فتاة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أبى زوجنى ابن أخيه ليرفع بى خسيسته قال فجعل الأمر إليها فقالت : قد أجزت ما صنع أبى ولكن أردت أن أعلم النساء ان ليس إلى الآباء من الأمر شىء) رواه ابن ماجه وأحمد والنسائى .

قال الشوكانى « أخرجه ابن ماجه بإسناد رجاله رجال الصحيح أو أخرجه النسائى من طريق زياد بن أيوب وهو ثقة عن على بن غراب وهو صدوق .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث إن لفظ (فتاة) يتبادر منه أنها بكر ، ولئن قيل أن تخييرها كان لعدم الكفاءة كما يتبادر من لفظ ليرفع خسيسته فمدفوع بأنه ابن عمها ؛ وهما متقاربان نسبا ، ولئن سلم بأن عدم الكفاءة لسبب آخر غير النسب ، فإن قول الفتاة المذكور آنفا ، وإقرار الرسول صلى الله عليه وسلم لها دليل على أن الآباء لا يستقلون بأمر تزويج النساء أبكارا كن أم ثيبات إذا استثنينا الصغيرات لعدم أهليتهن ، وعدم اعتبار عبارتهن شرعا[1]

(١) قد اعتمدنا فى نقل الأحاديث التى تمسك بها الطرفان على كتابى نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٠ ، ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٣ ، ١٢٧ ، ١٢٨ ، وكتاب المحلى ج ٩ ص ٤٦٠ ، ٤٦١ .

وأما ما استدلوا به من المعقول ، فإن الشارع جعل لها حق التصرف فى مالها دون جبر من وليها ، ولو كان أباها فكذا النكاح ، بل أولى ، لأنه تصرف فى نفسها واختيار لشريك حياتها .

ولأنها بالغة عاقلة كاملة الأهلية كالثيب وكالرجل ، فكما أنه لا جبر على الثيب والرجل فى اختيار الأزواج فكذلك هذه ؛ إذ لا فرق .

والبكارة ـ كما قدمنا فى مبحث ولاية النكاح ـ ليست مظنة تفويت المصالح لأن الشارع اعتبر فى صحه التصرفات شرعا البلوغ والعقل ، أما البكارة فهى مظنة الحياء غالبا ، وهو وصف يرخص الاكتفاء بالسكوت دلالة على الرضا كما هو صريح حديث عائشة السابق .

وأيضا فإن من أهم مقاصد العقد انتظام المصالح بين الزوجين ليحصل النسل ، ولا يتحقق هذا مع القول بإجبارها على تزوج من تنفر منه .

فإذا عرف ـ سلفا ـ انتفاء مقصود العقد قبل إنشائه وجب القول بعدم صحة هذا العقد الذى لا تترتب عليه فائدته ظاهراً بخلاف مالو طرأ ما ينافى مقصود العقد بعد تمامه فإنه لا يؤثر لعدم إمكان التحرز عن مثل ذلك .

* * *

مناقشة الأدلة واختيار الرأى الراجح :

لم نأل جهدا فى عرض أدلة الطرفين ، ولعله قد وضح لك قوة أدلة القائلين بعدم الإجبار ، فقد تمسكوا بصريح أمر الرسول الأكرم باستئمار البكر واستئذانها ، وكما لا يخفى إن ظاهر العبارة يفيد الوجوب فطوراً وردت بصيغة المبنى للمجهول فيتناول الأب وغيره ، وطوراً صرح بطلب استئمار الأب لها ، والأصل فى الطلب الوجوب ، وهذه الرواية نص فى محل النزاع

ولقد تأكد هذا المعنى بالأخبار التى أفادت أن النبي صلوات الله وسلامه عليه رد نكاح البكر التى زوجها أبوها وهى كارهة أو خيرها ، وهى تفيد اعتبار رضاها .

ومهما قيل فى تضعيف هذه الرواية فلا تنزل عن مرتبة الحسن ، وهو حجة إجماعا ، وإذا كنا رددنا ـ فى مبحث الولاية ـ حديث « لا نكاح إلا بولى » وحديث « أيما امرأة نكحت نفسها بدون إذن وليها فنكاحها باطل » الخ لاضطراب السند ، فلأن هذين الحديثين عورضا هناك بأحاديث وجوب الاستئذان والاستئمار وهى أحاديث صحيحة لم يضطرب لها إسناد ولم يطعن فيها طاعن بخلاف هذا الحديث وهو تخيير النبي صلى الله عليه وسلم البكر التى زوجها أبوها وهى كارهة ، فإنها لم تعارض بما يدل على نقيضه ، بل بالعكس جاء مؤيدا لأحاديث الاستئمار والاستئذان ، فأين هذا من ذاك ؟؟ .

على أن ابن حرم صرح بصحة هذه الأخبار التى تفيد رد نكاح البكر الكارهة وإن كان العاقد الأب فقد قال فى المحلى .

وقوله تعالى « ولا تكسب كل نفس إلا عليها » موجب أن لا يجوز على البالغة البكر إنكاح أبيها بغير إذنها ، وقد جاءت بهذا آثار صحاح ثم ساق هذه الآثار التى استدللنا بها فيما تقدم [1] .

ولعل وضوح هذه الأدلة حملت كثرة كثيرة من الأئمة الذين اتفقوا مع الشافعى رضى الله عنه فى القول بسلب ولاية عقد النكاح عن المرأة إلى مخالفته فى القول أن للأب إجبار البكر البالغة على النكاح .

هذا ومن ينظر إلى أدلة القائلين بولاية الإجبار يجد أكثرها يعتمد على دلالة مفهوم المخالفة .

---

(١) المحلى جـ ٩ صـ ٤٦١ .

فقد تمسكوا بهذه الدلالة من حديث ابن عباس « الثيب أحق بنفسها من وليها » وكذلك من حديث خنساء بنت خدام ، وأنها كانت ثيبا ، ومن أحاديث استئمار اليتيمة .

وحجية مفهوم المخالفة ليست محل اتفاق بين الأصوليين ـ كما هو معروف ـ ولئن سلمنا أنه حجة فإن مفهوم المخالفة لقوله صلى الله عليه وسلم : « الثيب أحق بنفسها من وليها » أن غير الثيب (وهى البكر) ليست أحق بنفسها من وليها ؛ وهذا صادق بصورتين : أنها كالولى فى اعتبار رضاها ، أو أنها ليس لها حق فى نفسها أصلا ، فلماذا يصرون على أن المفهوم هو المعنى الثانى دون الأول .

ولئن سلمنا أن المفهوم هو ما ذهبوا إليه فإنه لا يحتج به ـ هنا ـ أيضاً ، لأنه عورض بمنطوق أدلة أخرى ، بل بمنطوق عجز هذا الحديث نفسه ، فقد طلب الرسول صلى الله عليه وسلم استئذانها ، والأصل فى الطلب الوجوب .

وأما حديث خنساء بنت خدام ـ فمع أنه استدلال بمفهوم المخالفة ـ أيضا فإن لفظ (وهى ثيب) من الراوى لا من الرسول صلى الله عليه وسلم حتى يكون حجة ، والراوى إنما أتى بهذا اللفظ لينقل القصة بكل ما يتصل بها من ظروف وملابسات ؛ فغاية ما افاده حديث خنساء أن الرسول أبطل نكاحها ، ولا شك أن مناط الحكم هو عدم رضاها ولا مدخل للثيوبة والبكارة فى ذلك بدليل أنه رد نكاح البكر التى زوجها أبوها وهى كارهة ، كما ثبت من جملة طرق صحيحة .

وأما الأمر باستئمار اليتيمة فلا يدل على عدم وجوب استئمار غيرها ، بل صرح الرسول صلى الله عليه وسلم « بأن البكر يستأمرها أبوها » وإنما خص اليتيمة عناية بشأنها .

والقول بأن الاستئمار من الأب مندرب كاستئمار النساء فى بناتهن حمل للفظ على غير ظاهره من غير موجب ؛ فلولا الإجماع على أنه لايجب استئمار النساء فى بناتهن لقلنا بالوجوب ، والمسألة التى هى محل النزاع ليست محل إجماع ، وثانيا أن هذا قياس مع الفارق ، فشتان بين استئمار الإنسان فى شأن من أخص شؤونه وبين استئماره فى شأن من شؤون غيره مهما كان ذلك الغير من أقرب المقربين إليه .

ولم يبق من الأدلة النقلية للقائلين بولاية الإجبار إلا رواية الدارقطنى « والبكر يزوجها أبوها » ومع فرض التسليم بصحة هذه الرواية وقوتها على معارضة غيرها من الأدلة التى ساقها القائلون بعدم الإجبار ، فإن هذه الرواية مطلقة كما ترى ؛ وقد قيدت برواية « والبكر تستأذن والبكر يستأمرها أبوها » ومن المعروف أنه إذا اجتمع مطلق ومقيد حمل المطلق على المقيد ، فيكون معنى الحديث : أن البكر يزوجها أبوها إذا استأذنها واستأمرها .

وأما ما قالوه من استدلالهم بالمعقول بأن البكارة مظنة عدم الخبرة الخ ، فمردود بما قررناه فى مبحث الولاية من أن البكارة مظنة الحياء عادة ، وهذا يوجب أن يرخص لها بأن تعبر عن رضاها بأى طريق يفيد ذلك بالسكوت أو ما فى معناه .

وإذا كنا قد اخترنا القول ـ فى مبحث الولاية ـ بأن للمرأة أن تلى عقد النكاح فلا يسعنا إلا القول بوجوب رضاها عن هذا العقد . وهذا أقل الحقين .

هذا والناظر فى هذه المسألة يتبين له أن منشأ الخلاف فيها ليس ترجيح بعض النصوص على بعض من ناحية الصحة ؛ فكل ما استدل به الطرفان مسلم بصحته سوى حديث تخيير النبي صلى الله عليه وسلم للبكر التى زوجها

أبوها وهى كارهة ، وإنما منشأ الخلاف هو استدلال البعض بمفهوم المخالفة ولم ير أن هناك منطوقا يعارضه .

وأن البعض الآخر لم يحتج بهذا المفهوم وأخذ بظاهر اللفظ ، ثم هناك منشأ آخر للخلاف وهو تحديد علة ولاية الإجبار أهى الصغر أم البكارة .

فالأحناف ومن معهم قالوا : العلة الصغر ؛ والشافعيـــة ومن معهم قالوا : البكارة .

ولقد بينا وجهة نظر كل من الطرفين . والله أعلم بالصواب .

(٣) البكر الصغيرة يزوجها غير الأب :

غير الأب إما أن يكون جدا أو غيره من الأولياء، وفى صحة تزويج ذاك أو هؤلاء للصغيرة البكر خلاف وتفصيل فى المذاهب .

أولا : ذهب الحنفية والشافعية والزيدية إلى أن الجد كالأب فله تزويجها جبراً ، وقد روى أبو الخطاب من الحنابلة عن عبد الله بن أحمد بن حنبل عن أبيه مثل هذا القول ، وهذا المذهب هو مذهب الإمامية إلا أنهم -كما نقل فى كتاب الخلاف للطوسى - يشترطون لولاية الجد وجود الأب ، ولكن صاحب كتاب المختصر النافع ذكر الخلاف فى هذا الشرط بل قال : إن فى مستند اشتراطه ضعفا .

وهذا المذهب منقول عن عمر وعلى والعبادلة وأبى هريرة رضى الله عنهم كما هو أيضا - مذهب الحسن البصرى وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة والأوزاعى .

وثانيا : ذهب ابن حزم والحنابلة فى أصح الروايات عنهم إلى أنه ليس للجد أن يزوج البكر الصغيرة ، وهو مذهب المالكية إلا أنهم قالوا إن اليتيمة

إذا خيف عليها الفساد وبلغت عشر سنين شوور فيها القاضى ، فإن أجاز نكاحها زوجت ؛ وإلى عدم صحة تزويج الجد للصغيرة البكر ذهب أبو عبيد والثورى وابن أبى يعلى [1] .

فى بعض هذه المذاهب تفصيلات يرجع إليها فى كتب المذاهب .

دليل الذين ألحقوا الجد بالأب :

استدلوا بالمنقول والمعقول :

أما المنقول : فقوله تعالى : « واتبعت ملة آبائى إبراهيم وإسحاق ويعقوب [2] » وإبراهيم وإسحاق كانا جدين فسماهما الله أبوين .

وأما المعقول فلأن ولاية الجد ولاية إيلاد كالأب ولأنه يملك التصرف فى المال كالأب دون غيره من العصبات ، ولأنه وافر الشفقة مثله أو قريبا منه .

دليل الذين قالوا بعدم صحة زواج البكر الصغيرة بولاية الجد :

استدلوا بالمنقول والمعقول أيضا :

أما المنقول فأحاديث استئمار اليتيمة منها ما رواه أبو داود والنسائى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (تستأمر اليتيمة فى نفسها ، وإن سكتت فهو

---

(١) تراجع الكتب الآتية شرح الزيلعى على الكنز ج٢ ص ١٢١ ، شرح المنهاج مع حاشيتى عميرة والقليوبى ج ٣ ص ٢٢٣ وشرح الروض ج٣ ص ١٢٦ والشرح الكبير على متن خليل ج ٢ ص ٢٢٤ ، والمغنى لابن قدامة ج٧ ص ٣٨٢ والمحلى ج ٩ ص ٤٥٩ ، والبحر الزخار ج٣ ص ٢٩ وكتاب الخلاف للطوسى ج ٢ ص ٥٩ والمختصر النافع ص ١٩٧ .

(٢) سورة يوسف الآية ٣٨ .

إذنها وإن أبت فلا جواز عليها) ، والصغيرة ليس لها إذن ولا أمر معتبر فيمنع زواجها حتى تبلغ وتأذن ، وهذا الحديث يتناول كل يتيمة سواء كان لها جد أو لا .

وأما المعقول : فلأن الجد ـ كغيره من العصبات ـ قاصر الشفقة ، ويدلى بغيره وهو الأب فكان كباقى العصبات .

والرأى المختار هو الأول فقد رأينا الشارع يقيم الجد مقام الأب فى كثير من الأحكام وقد سماه الله أبا كما نطقت الآية المذكورة آيضا .

وأما الحديث الذى تمسكوا به من وجوب استئمار اليتيمة فهو محمول يقينا ـ على الكبيرة تجوزاً باعتبار ما كانت عليه ، وذلك لأن الصغيرة ليس لها أمر معتبر ، فتبقى الصغيرة على أصل الولاية ، ولا شك أن للجد عليها ولاية المال فكذا ولاية النكاح خشية أن يفوت الكفء إذا أخرت إلى سن البلوغ ليؤخذ رأيها .

والقول بأن الجد قاصر الشفقة مشكوك فيه ، فأبناء الأبناء لهم منزلة عند جدهم كمنزلة الأبناء ، وإن شذ بعض الناس عن هذا فهو نادر شاذ ولا يقام عليه تشريع عام .

وأما إن كان العاقد غير الجد ففيه أيضا تفصيل واختلاف فى المذاهب .

فأولا : ذهب الحنفية والزيدية إلى أن للولى أيا كان أن يعقد لها جبرا وقد روى مثل هذا عن أحمد ، وهذا المذهب نقل عن عمر وعلى والعبادلة وأبى هريرة والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء وطاوس وقتادة والأوزاعى إلا أن الحنفية قالوا : لها الخيار إذا بلغت وخالف فى ثبوت الخيار أبو يوسف وغير الحنفية ممن قالوا بثبوت ولاية الإجبار لغير الأب قالوا : بثبوت الخيار حتى لو كان العاقد الجد .

وثانيا : ذهب الشافعية والإمامية والحنابلة فى أصح الروايات عنهم والمالكية إلى عدم صحة ترويج غير الأب والجد للصغيرة اليتيمة وهو مذهب الثورى وأبى عبيد وابن أبى ليلى [1] .

دليل من قال بولاية الإجبار لغير الأب والجد وهم الحنفية ومن معهم :

استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى « وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » [2] الخ .

ووجه الاستدلال بهذه الآية أنها دلت على منع نكاح اليتيمات عند خوف عدم العدل وهذا فرع صحة النكاح عند عدم الخوف المذكور .

واليتيمة ـ كما هو معروف لغة وشرعا ـ هى من مات أبوها ولم تصل إلى سن البلوغ .

وليس هذا استدلالا بمفهوم المخالفة حتى يقال إنه ليس بحجة عند الحنفية وذلك لأن الأصل حل ما سوى المحرمات من النساء بقوله تعالى بعد ذكرهن « وأحل لكم ما وراء ذلكم » [1] فإذا نهوا عن نكاح اليتيمات عند الخوف من عدم العدل ثم زال هذا المانع عاد الحل الثابت من قبل ، وليس الحل ثابتا بمفهوم المخالفة ، وهذا واضح .

ويؤكد هذا المعنى ما روى عن عروة بن الزبير قال : سألت عائشة رضى الله عنها عن قول الله تعالى « وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى » الآية فقالت يابن أختى : هذه اليتيمة تكون فى حجر وليها يشركها فى مالها ، فيعجبه مالها وجمالها فيريد أن يتزوجها بغير أن يقسط فى صداقها ، فيعطى مثلما يعطيها

---

(١) سورة النساء من الآية ٢٤ .

غيره فنهوا عن نكاحهن إلا أن يقسطوا فيهن ، ويبلغوا أعلى سنتهن فى الصداق » حديث متفق عليه .

وأيضا فقد روى البخارى عن عروة بن الزبير عن عائشة رضى الله عنها قالت فى قوله تعالى « ويستفتونك فى النساء ، قل الله يفتيكم فيهن ، وما يتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء اللاتى لا تؤتونهن ما كتب لهن وترغبون أن تنكحوهن[1] » هو الرجل تكون عنده اليتيمة هو وليها ووارثها فأشركته فى ماله حتى فى العذق [2] فيرغب أن ينكحها ، ويكره أن يزوجها رجلا فيشركه فى ماله بما شركته فيعضلها ، فنزلت هذه الآية) .

فالحديثان صريحان فى اليتيمة تكون فى حجر وليها الذى يصح له أن يتزوجها ، وهى لا تسمى يتيمة إلا إذا كانت صغيرة ، ولا يكون مالها فى حيازته إلا إذا كانت صغيرة .

والحديث الأول صريح فى أن الآية نزلت فى النهى عن زواج اليتيمة الغنية الجميلة إلا أن يقسط لها فى الصداق ، ويدل على جواز نكاحها عند عدم الخوف من الجور سواء كان الحل مستفادا من الأصل الممهد آنفا أو كان مستفادا من مفهوم الشرط .

والحديث الثانى دل على أن الآية الثانية نهت عن عضل اليتيمة الدميمة التى لها مال ، ومقتضى هذا أن الولى مطالب بتزويجها متى جاءه الكفء .

ومما يؤكد أن المراد باليتيمة هى الصغيرة النهى عن الحط عن أعلى صداق لأمثالهن ، إذ لو كانت كبيرة ورضيت بالحط فلا يكون منهيا عنه إجماعا .

وأما السنة زيادة على الحديثين السابقين ، فما روى أن رسول الله صلى

---

(١) النساء الآية ١٢٧ .

(٢) المراد به النخلة ..

الله عليه وسلم زوج أمامة بنت عمه حمزة وهى صغيرة عمر بن أبى سلمة (على الأصح) وهى ابنة عمه ، وقال : « لها الخيار إذا بلغت » .

وليس تزويجه إياها بولاية النبوة بل بولاية العصبة والقرابة بدليل أنه لم يزوج أحداً من المسلمات مع أنه ولى الجميع ؛ وأيضا لو كان بولاية النبوة لما كان لها خيار إذا بلغت لقوله تعالى : « وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم »[1] .

فإن قيل : إن العباس رضى الله عنه هو أقرب العصبيات إليها فدل أن العقد بمقتضى ولاية النبوة ، قلنا : يحتمل أنه كان غائبا ، أو أنه لم يباشر العقد بنفسه تأدباً مع رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ولئن سلم أن العقد كان بولاية النبوة ، فهذا لا يقدح فى الاستدلال للدعوى التى نحن بصددها ، وهى جواز تزويج الصغيرة اليتيمة بولاية غير الأب والجد .

ولا يقال : إن هذا من خصوصياته صلى الله عليه وسلم لعدم قيام دليل على الخصوصية .

ومما يدل على عدم الخصوصية أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خطب أم كلثوم بنت أبى بكر بعد موته إلى عائشة فأجابته وهى دون عشر يقينا ، لأنها ولدت بعد موت أبيها ، وولاية عمر رضى الله عنه كانت عشر سنوات ولكن الجارية كرهت ذلك فتزوجها طلحة بن عبيد الله . ولم ينكر ذلك منكر من الصحابة رضوان الله عليهم .

وأما المعقول : فهو أن الحاجة إلى اختيار الكفء ثابتة ، لأن مقاصد

---

(١) سورة الأحزاب : الآية ٣٦ .

النكاح إنما تتم عند التكافؤ ؛ والكفء يظهر فى وقت دون وقت ، والولاية شرعت لعلة الحاجة فيجب إثباتها قصدا لهذه المصلحة ، وحيث مات الأب فتنتقل الولاية إلى العاصب الأقرب فالأقرب لما روى من قوله صلى الله عليه وسلم « الانكاح إلى العصبات » روى هذا الحديث سبط بن الجوزى وغيره ، فوجب أن يعمل به فى حق الصغيرة لأنها أعجز وأمس حاجة إلى الزواج .

ولأن الخاطب قد لا ينتظر إلى البلوغ فيفوت الكفء الخاطب فوجب القول بجواز عقد غير الأب من الأولياء لوجود أصل الشفقة ، والقرابة داعية إليها عادة وطبيعة .

وقصور الشفقة فى غير الأب والجد يجبر بإثبات الخيار لها إذا بلغت .

وفى ذلك تحقيق لمصلحة الصغيرة ؛ لأنه إن كان كفئا ووافقها فقد ظفرت به ، وحرصت على بقاء الزوجية بينها وبينه ، ولم تطلب الفسخ حين البلوغ . وإن لم يعجبها طلبت الفسخ ، ولا يكون العقد الحاصل قبل البلوغ ملزما لها .

هذا إلى أن اليتيمة تحتاج إلى فضل عناية فى الصيانة والإعفاف ، ففى تزويجها تحقيق لهذه الغاية السامية ، وقد تكون فقيرة محتاجة إلى النفقة ـ وهذا كثير بين اليتيمات ـ وفى تعجيل زواجها سد لحاجتها ورحمة بها .

دليل القائلين بعدم صحة تزويج غير الأب والجد للبكر الصغيرة :

استدلوا بالسنة والمعقول .

فأما السنة فالأحاديث التى توجب استئمار اليتيمة ، والصغيرة ليست أهلا للإستئمار والاستئذان فوجب أن يراد من اليتيمة البالغة تجوزاً باعتبار ما كان كما فى قوله تعالى « وآتوا اليتامى أموالهم » [1] .

---

(١) سورة النساء : الآية ٢ .

ومن هذه الأحاديث ما روى عن أبى موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « تستأمر اليتيمة فى نفسها فإن سكتت فقد أذنت ، وإن أبت لم تكره » .

ومنها ما رواه الخمسة إلا ابن ماجه عن أبى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « تستأمر اليتيمة فى نفسها فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا يجوز عليها » .

ومنها ما رواه أحمد والدارقطنى عن ابن عمر رضى الله عنهما فى حديث طويل ذكر فيه أن قدامة بن مظعون زوج ابن عمر إبنة أخيه عثمان بعد موته ولم ترض البنت بذلك فرفع أمرها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : (إنها يتيمة ولا تنكح إلا بإذنها) فرغبت عن ابن عمر ، وزوجت المغيرة بن شعبة .

فهذه الأحاديث صريحة فى أن اليتيمة لا تزوج إلا برضاها ، والصغيرة ليس لها رأى معتبر شرعا فوجب أن ينتظر بها حتى تبلغ ، ويعرف رأيها .

وأما المعقول : فلأن القياس يأبى أن يكون لأحد ولاية على غيره إذا كان حراً إلا لحاجة ، ولا حاجة إلى النكاح عند انعدام الشهوة ، ومقياس ذلك الصغر والبلوغ ، إلا أن ولاية الأب على ابنته الصغيرة ثبتت نصاً بدليل تزويج أبى بكر عائشة من الرسول صلى الله عليه وسلم ، ومن جعل الجد كالأب قال : هو أب ـ كما تقدم ، فبقى ما سواهما على أصل القياس وهو عدم الولاية .

وأيضا فإن غير الأب والجد من الأولياء لا يملكون التصرف فى المال بالولاية فلا يملكون عقد النكاح كذلك .

مناقشة الأدلة وذكر المذهب المختار :

إن الناظر إلى أدلة الحنفية ومن معهم يرى أنهم أجروا لفظ اليتامى

فى قوله جل شأنه « وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى » الخ وقوله تعالى « وما يتلى عليكم فى الكتاب فى يتامى النساء » على معناه الحقيقى ولم يصرفوه إلى معنى مجازى لإمكان حمل الكلام على حقيقته فلا يعدل عنه إلى المجاز ، وقد تأكد هذا بالحديثين المرويين عن عائشة رضى الله عنها فى سبب نزول الآيتين فوافق الخبران ظاهر الكتاب فلا يجوز العدول عنه إلى التأويل والقول بالتجوز لعدم الحاجة إليه .

وقد تأكد هذا بتزويجه صلى الله عليه وسلم أمامة بنت حمزة وهى صغيرة يتيمة ، وأيضا خطبة عمر لأم كلثوم بنت أبى بكر وهى صغيرة من غير نكير ولهذا فإننا نرى قوة مذهب الحنفية ومن معهم فى هذه المسألة ، وأحاديث استئمار اليتيمة لا يضعف أدلة الحنفية ومن معهم ، بل هو تأكيد لأخذ رأيها بعد بلوغها لأن اليتم مظنة استضعافها وعدم احترام إرادتها ، ونحن معهم أن المراد باليتيمة فى هذه الأحاديث الكبيرة بدليل طلب استئمارها فالتجوز هنا له قرينة مانعة من إرادة المعنى الأصلى بخلاف الآيتين المذكورتين .

وحديث ابن عمر لا حجة فيه على منع زواج اليتيمات الصغيرات فإن فى الحديث أن البنت حطت (أى مالت) إلى رأى أمها ، وهذا دليل أنه كان لها رأى معتبر وذلك بالبلوغ والعقل ، فليس الحديث فى محل الخلاف وهى الصغيرة اليتيمة .

وأما ماذكروه من المعقول فمداره على أن الولاية تعتمد الحاجة ، والصغيرة لا حاجة لها إلى النكاح ، وهذا مدفوع بما قرره الحنفية من بيان حاجتها إلى النكاح أكثر من غير اليتيمة .

وأما قولهم أن غير الأب والجد لا يليان التصرفات الماليه فكذا النكاح

فهذا قياس مع القارن ، لأن المـال محبوب بالطبع حبا قد يفضى إلى القطيعة بالخيانة فيه لنفسه أو لغيره بالمحاباة لقصور الشفقة فى هذه الولاية .

ولما كانت هذه الولاية غير ملزمة لأن للبنت بعد البلوغ أن تختار نفسها وتطلب الفسخ فلو ثبتت مثل هذه الولاية فى المال فلا يمكن تدارك ما فات منها لأن المال ينتقل من يد إلى يد ومن مالك إلى مالك وهكذا فلا تفيد هذه الولاية غير الملزمة فى المال بخلاف النكاح فإن الزوجين باقيان فأمكن اعتبار ولاية غير الأب والجد ولاية غير ملزمة للصغيرة .

فإذا بلغت كان لها الخيار فتتصرف على ضوء ما عرفت فإن شاءت أبقت عقد النكاح وإن شاء طلبت الفسخ وعلى القاضى أن يجيبها إلى ما طلبت لأن هذا حق لهـا .

هـذا وإن أبا يوسف صاحب أبى حنيفة رضى الله عنهما يرى أن عقد الولى غير الأب والجد كعقد الأب والجد فـلا يثبت لها خيار وهو مذهب عروة بن الزبير ، وحجته فى ذلك أن الولاية إنمـا شرعت للنظر والمصلحة فإذا حكم بالنظر للصغيرة فى هـذه الولاية قام عقد الولى مقام عقـدها فـــلا تخير .

وقد أجيب عن هذا أن قصور الشفقة وعدم كمال الاهتمام يوجبان الخلل فى المقاصد المأمولة من النكاح ، وقـد رأينا الشارع لا يعطى غـير الأب والجد ولاية المـال ، ولذلك جبر هـذا النقص بالقول بالخيار حين البـلوغ .

وقد تأكد هـذا بحديث تزويجه صلى الله عليه وسلم لأمامة بنت حمزة ، ولا شك أن القول بثبوت الخيار له وجاهته نقلا وعقلا .

ملاحظة : العمل الآن كما تقدم على عدم سماع دعوى الزوجية إذا كانت

الزوجة دون ست عشرة سنة هجرية كما تقدم ، لا فرق بين أن يكون العاقد الأب أو غيره .

فهذا البحث ينفع الآن من الناحية القانونية فى الكلام على صحة العقد أو عدم صحته ، لأن عدم سماع الدعوى لا يلزم منه بطلان عقد النكاح قانونا وهذا واضح ، ولذلك فإن القضاء يسمع دعوى النسب المترتبة على نكاح الصغير والصغيرة .

٤ — البكر الكبيرة يزوجها غير الأب :

لا يخلو إما أن يكون المزوج الجد أو غيره ، فإن كان الجد فعند الشافعية أن ولايته عليها ولاية إجبار لأنه كالأب ، وولايته - عنده - ولاية إجبار . وذهب غيرهم إلى أن ولاية الجد فى هذه الحال ولاية اختيار وندب ، وليس له إجبارها ، أما عند الحنفية فلأن الولاية على الكبيرة مطلقا ولاية ندب كما تقدم فى مبحث الولاية ؛ وأما عند غيرهم فإلحاقا للجد بغيره لأنها يتيمة ، أى مات أبوها وإن كانت كبيرة .

وأما إن كان العاقد غير الجد فالكل مجمع على أن الولاية ولاية اختيار ، وليس له أن يجبرها ؛ فلو عقد لها بعد أن أظهرت الرفض وعدم الرضى فهو نكاح باطل بالإجماع ، ويمكنك الاستدلال لهذا بما تقدم فى المسألة السابقة فلا حاجة إلى الإعادة .

(٥ — ٦) تزويج الأب أو غيره الثيب الصغيرة :

قبل الكلام على أحكام الثيبات من حيث الولاية فى النكاح يحسن أن نحدد معنى الثيب عند الفقهاء .

(١) لا أعلم خلافا بين أحد من الفقهاء أن من زالت عذوتها بعد اتصال

جنسى بعقد صحيح أو فاسد أو وطء بشبهة أو ملك يمين ثيب ، وتجرى عليها أحكام الثيبات التى ستذكر فى الصور الأربع الآتية أحكامها بعد .

(٢) كما لا أعلم خلافا بينهم أن من زالت عذرتها بغير الاتصال الجنسى كوثبة أو جراحة أنها بكر تجرى عليها أحكام العذارى التى سبق الكلام عليها فى الصور الأربع المتقدمة اللهم إلا قولا منقولا عن الشافعى رضى الله عنه فى أنها ثيب تجرى عليها أحكام الثيبات ، لأنها قد زالت عذرتها فصدق عليها أنها ثيب ألا ترى أنه لو اشترى أمة على أنها بكر فظهر أن عذرتها زالت بما ذكرنا فإن له حق الفسخ .

ولا شك أن مناط الحكم فى أحكام الولاية على الثيبات والأبكار هو الحياء ، فإن قول الرسول صلى الله عليه وسلم فى شأن البكر (إذنها صماتها) كان جوابا لقول عائشة رضى الله عنها (إن البكر تستحي) وقد تقدم هذا الحديث مرارا .

ولا شك أن من كانت كذلك الشأن فيها الحياء ، فإنها لم تمارس الرجال وزوال عذرتها ـ بما ذكرنا ـ لا يؤثر فى حيائها ، فهى كمن خلقت بغير عذرة .

(٣) من زالت عذرتها بالزنا ، أتجرى عليها أحكام الأبكار أم الثيبات فى مسائل الولاية ؟ اختلف العلماء فى ذلك .

(ا) ظاهر عبارة ابن حزم فى المحلى أن حكمها حكم الأبكار مطلقا سواء كان الزنا برضاها أو كانت مكرهة وسواء تكرر أو لم يتكرر اشتهرت به أو لم تشتهر ، لأنها تجرى عليها أحكام الأبكار فى حد الزنا فكذلك فى أحكام الولاية فى النكاح .

وهذا الاستدلال كما ترى نقض لأصل مذهبه ، فهو معتمد على القياس

وما ذهب إليه ابن حزم قول لمالك وهو ظاهر المدونة ، ولكن لا يرد عليه ما أورد على ابن حزم ، لأن مالكا لا ينكر القياس .

(ب) ذهب أبو حنيفة والزيدية والمالكية فى أحد القولين وهو اختيار عبد الوهاب من أئمتهم إلى أنها فى حكم الأبكار ما لم تشتهر به ويطير منها الحياء لأن مناط الحكم ـ كما تقدم ـ هو الحياء ، وهو فيها أشد ، لأنها فى أشد الحرج وفى حاجة إلى ستر حالها ، وظهورها بمظهر الأبكار ، وهذا مما تستحسنه الشريعة لما فيه من عدم إشاعة الفاحشة ، ولكن إذا اشتهرت به أو أقيم عليها الحد علنا فقد زال مناط الحكم فتجرى عليها أحكام الثيبات .

(ج) وذهب الشافعية والحنابلة والإمامية وأبو يوسف ومحمد إلى أنها ثيب مطلقا تكرر أم لم يتكرر اشتهرت به أو لم تشتهر ، لأنها ثيب لغة ، فإن الثيب هى المرأة التى زالت عذرتها بمباشرة جنسية ، وهذه كذلك ، لا فرق بين المباشرة الحلال أم الحرام ، وكذلك هى ثيب شرعا فإنه لو أوصى لثيبات بنى فلان دخلت فيهن وكذلك لو اشترى أمة على أنها بكر فوجدها قد زالت عذرتها بالزنا فإن له حق الفسخ .

والمختار عندى هو قول أبى حنيفة ومن معه ، لما تقرر أن مناط الحكم هو الحياء ، ولا عبرة بقولهم إن النص قد ورد فى حياء البكر خاصة ، فلا يصلح للتعليل ، وإنما يعلل بمظنته وهو البكارة ، لما تقرر عند الأصوليين من أن العلة يشترط فيها أن تكون وصفا ظاهرا منضبطا .

لا عبرة بقولهم هذا لأن قول الرسول صلى الله عليه وسلم فى شأن البكر « إذنها صماتها » جاء ـ كما قلنا ـ جوابا لقول عائشة رضى الله عنها ، إن البكر تستحى فكان التعليل بالحياء ثابتا بالنص سواء كان مصدره البكارة أو خشية الفضيحة ، ومثل هذه الحياء عندها ـ فى هذا الوقت ـ أشد .

وأما قياسهم أحكام الولاية على أحكام الوصية فقياس مع الفارق ، لأن أحكام الوصية مبينة على لفظ الموصى فقد علق إعطاء ما أوصى به لمن وصفت بالثيوبة أو البكارة فوجب مراعاة لفظه ، ولكن أحكام الولاية مبينة أصلا على الحياء الذى هو مناط الحكم بنص الحديث ، وأما رد الجارية فلفوات وصف مرغوب فيه للمشترى وهذا موجب للخيار .

وأيضا فإن الأخذ بقول أبى حنيفة ومن معه فيه تحقيق لمعنى الستر الذى عرف من الشرع استحبابه فى هذا المقام .

(٤) من زفت إلى زوجها ثم انقطعت الزوجية بوفاة أو فسخ أو طلاق قبل أن يفضى إليها أتجرى عليها أحكام الأبكار أم الثيبات ؟ فيه تفصيل واختلاف فى المذاهب .

(ا) ذهب مالك رضى الله عنه إلى أنه إن أقامت معه فى بيت الزوجية سنة مع ثبوت الخلوة بها وشهدت منه ما تشهده المرأة من زوجها سوى الوصول إليها أنها فى حكم الثيبات لزوال الحياء وهو مناط الحكم .

(ب) وذهب غيره إلى أنها بكر لبقاء عذرتها حقيقة[1] :

وحيث اعتبرنا أن مناط الحكم هو الحياء وجب المصير إلى ترجيح رأى مالك ، لأن طول عشرتها لزوجها ، واطلاعها منه على ما تطلع عليه المرأة من

---

(١) تراجع الكتب الآتية : شرح الكنز للزيلعى ج ٢ ص١١٩ ، ١٢٠ ، حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج ٢ ص ٢٢٣ ، حاشيتى قليوبى وعميره على شرح الجلال المحلى على متن المنهاج للنووى ج ٣ ص ٢٢٣ ، والمغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٨٨ ، والمحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٥٩ ، ٤٦٠ والبحر الزخار ج ٣ ص ٢٨ ، ٢٩ ، وكتاب الخلاف للطوسى ج ٢ ص ٥٩ .

زوجها مظنة زوال حيائها لطول ممارستها للرجال ، والتقدير بالسنة تقدير اجتهادى .

هذه هى آراء العلماء فى تحديد معنى البكر والثيب ، فلنعد إلى بيان حكم ولاية الأب أو غيره فى تزويج الثيب الصغيرة ، وفيه مذاهب :

المذهب الأول : أنه ليس للأب ولا لغيره من الأولياء أن يزوجها ؛ بل ينتظر حتى تبلغ فتأذن ، وهو مذهب الشافعى وابن حزم ، وأحد قولى أحمد ، وهو ظاهر قول الخرقى واختيار ابن حامد وابن بطة والقاضى من الحنابلة .

المذهب الثانى : أن للولى تزويجها أباكان أو غيره ، وهو قول أبى حنيفة والزيدية ، إلا أن الحنفية قالوا : إن زوجها الأب أو الجد فلا خيار لها بعد البلوغ ، وإن زوجها غيرهما فلها الخيار إذا بلغت .

المذهب الثالث : أن للأب تزويجها ولا يستأمرها ، وهو مذهب مالك والقول الثانى لأحمد واختاره أبو بكر بن عبد العزيز من الحنابلة : وهو مذهب الإمامية ، غير أنهم ألحقوا الجد بالأب .

المذهب الرابع : أن بنت تسع سنين ولو لم تبلغ يزوجها وليها بإذنها ، وهو قول مخرّج فى مذهب أحمد[1] .

وإليك أدلة هذه المذاهب ثم نذكر بعد ذلك ما هو المختار .

أدلة المذهب الأول :

استدلوا بالسنة والمعقول : أما السنة فالأحاديث التى طلبت إذن الثيب كقوله صلى الله عليه وسلم : « الثيب أحق بنفسها من وليها » ، « ليس للولى

---

(١) تراجع الكتب المذكورة آنفا بصفحاتها إلا المغنى ففى ص ٣٨٥ .

مع الثيب أمر » ، « الثيب تشاور » إلى غير ذلك من الأحاديث التى وردت فى هذا المعنى ؛ وقد تقدم لك كثير منها بأسانيدها ورواتها .

وهذه الأحاديث بعمومها تتناول الثيب الصغيرة والكبيرة ؛ غير أن الصغيرة لا يمكن استئمارها لعدم أهليتها واعتبار أمرها قبل البلوغ ، فيؤخر زواجها إلى ما بعد البلوغ حتى تستأمر .

وأما المعقول فلأن ولاية الإجبار الثابتة للأب على ابنته البكر إنما ثبتت لعلة البكارة ، لأن البكر لا تهتدى إلى معرفة الرجال لعدم خبرتها لهم ، فحكمها عليهم يكون عرضة للخطأ لأنه حكم صادر عن عدم خبرة وتجربة ، وغالبا ما يكون حكما بالعاطفة التى كثيرا ما تطغى على العقل .

أما الثيب فقد خبرت الرجال ، ومارست شئون النكاح فلا بد من رضاها لكن الصغيرة لا يعتبر أمرها لعدم أهليتها فينتظر حتى تبلغ ، وتعبر عن رأيها وفى تأخير زواجها فائدة لها وهو اختيارها زوجها بنفسها ، وليس لها فى التعجيل فائدة لعدم حاجتها إلى الزواج لصغرها .

دليل المذهب الثانى :

استدلوا بالنقل والعقل :

أما النقل فالأدلة التى أثبتت صحة تزويج الصغيرة لم تفرق بين ما إذا كانت بكراً أو ثيبا كالآيتين المثبتين لصحة زواج اليتيمات فليس فيها تفرقة بين بكر وثيب (تراجع أدلة القائلين بتزويج غير الأب للبكر الصغيرة) .

وأما المعقول : فلأن الحاجة ماسة إلى إحراز الكفء ، والولاية على الصغيرة فى النكاح ليس إلا لتحصيل الكفء ، ولما كانت الصغيرة ليس لها رأى معتبر لعدم أهليتها ، وقد يكون فى التأخير إضرار بها لذلك كان لوليها

حق العقد عليها لما له عليها من ولاية ، ولما كان قصور شفقة الأولياء سوى الأب والجد قد يكون سببا فى غبنها لذلك أثبت لها الشارع الخيار بعد البلوغ .

وأما الأب والجد فالشأن فيهما أنهما وافرا الشفقة لا يألوان جهدهما فى تحرى مصلحتها لذلك كان تصرفهما ملزماً لها .

وكون بعض الآباء والأجداد يقصر فى الاختيار فهذا نادر والنادر كما يقولون ـ لا حكم له .

دليل المذهب الثالث :

أن الولاية إنما شرعت على الحرة باعتبار الحاجة ، فإن الأصل أن الحرة لا ينفذ عليها تصرف غيرها إلا برضاها ، ولكن ثبتت ولاية الأب على الصغيرة بالنص بتزويج أبى بكر لإبنته عائشة وهى صغيرة ، فثبوت ولاية الأب فى تزويج الصغيرة ثبتت على خلاف القياس فلا يلحق به غيره ولو كان جدا ، لقصور شفقته ، ولأنه يدلى إليها بواسطة .

وأما الإمامية الذين ألحقوا الجد ـ خاصة ـ بالأب ، فلأن الجد أب بالنص لقوله تعالى « واتبعت ملة آبائى إبراهيم وإسحاق ويعقوب[1] » وإبراهيم وإسحاق كانا جدين ليوسف ، ولأنه وافر الشفقة كالأب .

هذا والصغيرة الثيب ليست لها حاجة إلى النكاح لعدم الشهوة فليست هناك حاجة إلى ولاية النكاح اللهم إلا ولاية الأب التى ثبتت بالنص كما يقول مالك ، والجد لأنه أب كما يقول الإمامية .

دليل المذهب الرابع وهو المخرج على أصول مذهب أحمد ، والظاهر من عبارة كتبهم أنه ليس قولا له .

---

(١) سورة يوسف الآية ٣٨

استدل له بالمنقول والمعقول .

أما المنقول : فأولا الآيتان الدالتان على جواز تزويج اليتيمة ، والأخبار التي توجب استئذانها ، ومن كانت دون التسع ليس لها إذن معتبر شرعا فوجب حمل الاستئذان على من بلغت تسعا .

وثانيا : ما رواه الإمام أحمد بإسناده إلى عائشة رضى الله عنها أنها قالت (إذا بلغت الجارية (أى الفتاة) تسع سنين فهى امرأة) .

وروى القاضي بإسناده عن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم بمعناه .

وأيضا فإنها بلغت سنا يمكن فيه حيضها ، ويحدث لها حاجة إلى النكاح فيباح تزويجها كالبالغة الثيب ، وهى لا تزوج إلا بإذنها ورضاها [1] .

مناقشة الأدلة وذكر ما هو المختار :

أما المذهب الرابع والتفرقة بين من بلغت تسعا ومن كانت دون ذلك فإن الآيتين الدالتين على جواز نكاح اليتيمة مطلقتان ليس فيهما ما يدل على سن محدد فكل من صدقت عليها أنها يتيمة جاز نكاحها وإنكاحها .

والخبر المروى عن عائشة رضى الله عنها على فرض صحة الاحتجاج به سندا ومتنا لا يدل على أكثر من أن من بلغت تسع سنين يمكن أن تجرى عليها أحكام البالغات من النساء ؛ ولكن القول بوجوب إثبات حكم البالغة لها ، فهذا منقوض بقوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث المشهور الذى هو

---

(١) المغنى لابن قدامة جـ٧ صـ ٣٨٣ والشرح الكبير لشمس الدين عبد الرحمن المقدسى جـ٧ صـ ٣٩٠ ، ٣٩١ .

أصل من أصول التشريع : « رفع القلم عن ثلاث : عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن النائم حتى يستيقظ » والتقييد بالصغير ليس له مفهوم ليخرج الصغيرة ؛ فالمدار فى تغيير الإحكام بين الصغر والكبر إنما هو البلوغ .

ومثل هذا يقال فى الأثر الذى رواه القاضى عن النبي صلى الله عليه وسلم وأما ما ذكروه من المعقول من أنه قد حدثت لها حاجة إلى النكاح لوجود أصل الشهوة ، لأنها فى سن المراهقة ؛ وقبل هذا ليست لها حاجة إليه ، فهذا مبنى على أن النكاح لا يشرع إلا لدفع حاجة الشهوة ، وهذا فى حيز المنع بل النكاح شرع لأغراض كثيرة قد يكون منها ما ذكروه ، وقد يكون منها الرغبة فى الإصهار إلى الكفء ، يدلك على هذا تزوجه صلى الله عليه وسلم بعائشة وهى دون التسع ، نعم لا يمكن منها الزوج إلا إذا أصبحت أهلا للمعاشرة الزوجية ؛ وهذا أمر تختلف فيه النساء اختلافا كبيرا .

وبهذا التقرير اندفع ماقاله مالك من أن الولاية شرعت على خلاف القياس بالنص ، والنص ورد فى الأب دون غيره ؛ لأن الولاية شرعت لحاجة الصغيرة إلى الزوج الكفء ، فحيث وجدت ثبتت الولاية للولى ، أياً كان الولى تحقيقا لمصلحة الصغيرة ؛ وليست صحة النكاح والحاجة إليه متوقفة على الشهوة لما تقدم .

وأما ما ذكره الشافعية ومن معهم من الأحاديث فيجب حملها على الثيب الرشيدة ؛ لأن الحديث صريح فى أنها أحق بنفسها من وليها ؛ والصغيرة ليس لها حق التصرف فى أى شيء من شؤونها بله شؤون النكاح .

وقوله صلى الله عليه وسلم : « لا تنكح الثيب حتى تستأمر أو تستأذن » كما وردت الروايات المتعددة دليل على وجوب استئمارها واستئذانها إن

كانت أهلا لها . ألا ترى أن المجنونة يزوجها الولى ولو كانت ثيبا متى كانت كبيرة من غير استئمار أو استئذان .

ومما يؤكد هذا المعنى أن الشارع أثبت ولاية النكاح للعصبة على البكر الصغيرة ، مع أنها أقل حاجة إلى النكاح من الثيب ؛ كما هو معروف ، فثبوت الولاية على الثيب الصغيرة لإنجاز نكاحها أولى لحاجتها إلى ذلك ، والولاية مشروعة للحاجة .

وأما ما ذكروه من المعقول فهو مبنى على أن ولاية الإجبار مناطها البكارة لا الصغر ؛ وقد قررنا أكثر من مرة أن الصغر أولى بالعلية من البكارة ؛ فإنه مظنة العجز وعدم القدرة على التصرفات شرعا ، فدعت الحاجة إلى مشروعية الولاية لتحقيق المصلحة للصغير أو الصغيرة .

ومن العجب أن يقال بولاية الإجبار على الرشيدة البالغة العاقلة إن كانت بكرا ؛ ولا يقال بها إن كانت صغيرة متى كانت ثيبا ، وأيضا فقد أثبتوا ولاية الإجبار على الثيب المجنونة مع أنها ليست لها أهلية وليس لها إذن أو أمر معتبر .

ولا شك أن اختيار الزوج يعتمد أولا على النضج العقلى وممارسة الثيب الصغيرة ممارسة قاصرة لا تصلح أن تكون أساسا لاختيارها حتى بعد البلوغ .

والذى ينبغى أن يكون مناط الولاية هو الصغر لا البكارة .

ولذلك يظهر لك جليا ترجح مذهب الحنفية ومن معهم

(٧ — ٨) تزويج الأب أو غيره الثيب الكبيرة :

أجمع العلماء على أنه ليس للولى أبا كان أو غيره حق إجبار الثيب الرشيدة وشذ عن هذا الإجماع الحسن فقال : يجوز إنكاحها بغير رضاها .

وقال النخعى : إن كانت فى عياله فله ولاية إجبارها وإلا فلا [١] .

ولعل وجهة الحسن أن الأنوثة مظنة عدم الاهتداء إلى اختيار الأكفاء لأن المرأة ـ عادة ـ تتأثر بالعاطفة ، وربما كان الرجل زيراً يخلب قلبها ، وهو فى نفسه ليس بذى خلق كريم فجعل حق اختيار الزوج للولى ، لأنه بالرجال أخبر .

وأيضا فكما أجبرت البكر الرشيدة ـ مع تمام أهليتها ـ فكذلك الثيب الرشيدة لاستوائهما فى الأنوثة .

وأما النخعى فلعله لاحظ قوة الاتصال بها لاختلاطها بعياله فلم تنقطع ولايته عليها ورعايته لها .

وهذا أقصى ما يمكن أن يقال فى تعليل هذين المذهبين ، وهذا التعليل ـ إن صح ـ فهو فى مقابلة النصوص الكثيرة الدالة على عدم إجبار الثيب ، ولذا قال إسماعيل بن إسحاق (لا أعلم أحدا قال فى الثيب بقول الحسن وهو قول شاذ خالف فيه أهل العلم والسنة [٢]) .

دليل سائر الأئمة .

استدلوا بالمنقول والمعقول .

أما المنقول فأولا ما رواه البخارى وغيره أن الخنساء بنت خدام الأنصارية زوجها أبوها ـ وهى ثيب ـ فكرهت ذلك فأتت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرد نكاحها .

---

(١) تراجع الكتب السالفة الذكر فى مظانها المذكورة آنفا .

(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٧ صـ ٣٨٥ .

قال ابن عبد البر هذا الحديث مجمع على صحته والقول به ، ولا نعلم مخالفا له إلا الحسن [1] .

وثانيا ما روى عن أبى هريرة قال : قال النبي صلى الله عليه وسلم (لا تنكح الأيم حتى تستأمر) الخ متفق عليه .

وثالثا : ما سبق من قوله صلى الله عليه وسلم (الأيم أحق بنفسها من وليها) الخ ولفظ الأيم يتناول الثيب بيقين .

ورابعا : ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (ليس للولى مع الثيب أمر) .

إلى غير ذلك من الأحاديث الكثيرة الواردة فى هذا الباب وقد مر عليك الكثير منها .

وأما المعقول فلأنها رشيدة عالمة بمقاصد النكاح خبيرة باختيار الأزواج فلم يجز إجبارها كما لا يجوز إجبار الرجل على النكاح .

ولأنها تملك التصرف فى مالها فكذا فى اختيار زوجها لأن كلا من مصلحتها وهى أعرف بها من غيرها

منشأ الخلاف فى مسألة الولاية فى النكاح إجباراً أو ندباً بعد استعراض آراء الفقهاء فى مبحث الولاية على عقد النكاح أو مبحث الإجبار فى عقد النكاح يتضح لك أن منشأ الخلاف يرجع أولا إلى علة الولاية فى عقد النكاح ، أهى الأنوثة أو البكارة أو الصغر ؟ فمن قال هى الأنوثة قال بعدم ولاية المرأة فى عقد النكاح ، بل منهم من سلبها حق التعبير عن رأيها كالحسن حتى وإن كانت ثيبا .

ومن قال إن ولاية الإجبار علتها البكارة قال بصحة العقد عليها بغير رضاها ولو كانت بالغة .

---

(١) المرجع المذكور .

ومن قال إن العلة هى الصغر قال بولاية الإجبار على الصغيرة وبولاية الندب على غيرها .

هذا والمجنونة فى كل ماذكرنا كالصغيرة ، اللهم إلا إذا كانت ثيبا ، فأكثر الفقهاء على جواز تزويجها ولا سيما إن كان الولى الأب ، وقد خالف فى ذلك بعض الفقهاء ، ممن قال بعدم تزويج الصغيرة الثيب كابن حزم وبعض الحنابلة .

وتوجيه هذه الآراء يمكنك الرجوع إليه فيما ذكرنا من أحكام الصغيرات ، فلا نعيده خشية الإطالة .

هذه آراء العلماء فى أحكام الولاية فى النكاح نعرضها مع أدلتها ، والله وحده هو أعلم بالحق والصواب .

وما أردنا إلا عرض صورة صادقة لما كان عليه علماؤنا رحمهم الله من حرية الفكر جزاهم الله عنا أحسن الجزاء وأثابهم عنا خير المثوبة .

* * *

هذا والعمل - الآن - على ظاهر الرواية من مذهب الحنفية فى جميع ما تقدم من مبحث الولاية فى عقد النكاح أو ولاية الإجبار فيه ، وذلك لأنه لم يصدر قانون يستثنى هذه الأحكام أو بعضها ، والأصل أن جميع أحكام الأحوال الشخصية يقضى فيها بظاهر الرواية من هذا المذهب إلا ما استثنى من مسائل بقانون .

مبحث الشهادة فى عقد النكاح[*]

الكلام فى هذه المسألة ينحصر فى موضعين :

الأول : الكلام على أصل اشتراط الشهادة فى عقد النكاح ، وهو الموضوع المقرر على طلاب الصف الرابع من كلية الشريعة .

الثانى : الكلام على مايشترط فى الشهود عند من يشترط الشهادة ، وهذا الموضوع وإن لم يكن مقررا إلا أننا بحثناه تتميما للفائدة ، ولكى يكون مرجعا لمن أراد استيعاب البحث من جميع نواحيه .

الموضوع الأول : أصل اشتراط الشهادة فى عقد النكاح :

لا نعلم خلافا بين العلماء فى أن الشهادة ليست شرطا لصحة عقد من العقود إلا النكاح ، اللهم إلا ما نقل عن الظاهرية من اشتراطهم الشهادة على المبايعات أخذا بظاهر قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم »[1] وقولهم هذا مخالف للإجماع ، ولعمل الرسول صلى الله عليه وسلم وأصحابه ؛ فقد كانوا يتبايعون سرا وجهرا ؛ وإنما هذا الأمر للإرشاد لا غير .

وأما الشهادة على النكاح : فقد اختلف العلماء فيها على أربعة مذاهب :

المذهب الأول : أنها شرط لصحة النكاح ، وكل نكاح بلا شهادة فاسد ،

(*) اشترك معى فى وضع أصول هذا البحث فضيلة أخى وزميلى المرحوم الشيخ محمد على الديب ، وقد زدت فيه وأنقصت بقدر مادعت إليه الضرورة مع الحفاظ على أصل الفكرة .

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٢ .

وهذا مذهب أبي حنيفة والشافعي، والمشهور عن أحمد، وهو مذهب الزيدية، وهو المروى عن عمر وعلى وابن عباس من الصحابة، وسعيد بن المسيب والحسن والنخعي وقتادة والثورى والأوزاعى من التابعين، وعليه العمل عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم من التابعين وغيرهم.

المذهب الثانى: أنها ليست شرطا لصحة النكاح، وإن كانت مندوبة، وإلى هذا ذهب الظاهرية والإمامية وابن أبي ليلى وأبو ثور وعثمان البتى من الحنفية، وهو ـ كذلك ـ رواية عن أحمد، وهو مذهب ابن عمر والحسن بن على السبط وابن الزبير من الصحابة، وسالم وحمزة ابنى عبد الله بن عمر والزهرى من التابعين، وبه قال عبد الله بن إدريس وعبد الرحمن بن مهدى ويزيد ابن هارون والعنبرى وابن المنذر، ويظهر من كلام ابن عبد البر أنه اختاره فقد نقل عنه أنه قال: قد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم «لا نكاح إلا بولى وشاهدين عدلين» من حديث ابن عباس وأبى هريرة وابن عمر إلا أن فى نقله ضعفا فلم أذكره.

المذهب الثالث: وهو مذهب مالك، وحاصله كما يؤخذ من كتبهم: أن الشهادة شرط عند البناء بالزوجة، مندوبة عند العقد، فإن حصلت عند العقد تحقق الشرط والندب، بشرط أن لا يستكتم الشهود، ونقل عنه اشتراط الإعلان دون الإشهاد.

المذهب الرابع: وهو مذهب ابن حزم، أن الشرط هو إشهاد عدلين فصاعدا، أو إعلان عام، فإن استكتم الشاهدان لم يضر ذلك شيئا.

فهو يتفق مع مالك فى اشتراط: إما الإشهاد وإما الإعلان العام، ويختلف

معه فى أمرين : أولهما ، أن هذا على العقد خاصة ، وثانيهما ، أنه لو استكتم الشهود فلا يضر عنده [1] .

وإليك أدلة كل مذهب ، ثم نذكر بعد ذلك ما هو المختار .

استدلوا بالمنقول والمعقول :

أما المنقول : فأولا ، ماروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : (البغايا اللائى ينكحن أنفسهن بغير بينة) رواه الترمذى وذكر أنه لم يرفعه غير عبد الأعلى ، وهو ثقة فيقبل رفعه وزيادته .

وثانيا : ما روى عن عمران بن الحصين عن النبى صلى الله عليه وسلم قال (لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل) ذكره أحمد فى رواية ابنه عبد الله .

وثالثا : ما روى عن عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : (لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ، فإن تشاجروا فالسلطان ولى من لا ولى له) رواه الدارقطنى وأخرجه البيهقى .

وقد روى هذا الحديث بلفظ قريب من هذا ابن حزم بسنده ، وقال : لا يصح فى هذا الباب (أى باب إشهاد عدلين) غير هذا السند .

وقال ابن حبان : لا يصح فى ذكر الشاهدين غير هذا .

ورابعا : مارواه مالك فى الموطأ عن أبى الزبير المكى أن عمر بن الخطاب

---

(١) تراجع الكتب الآتية : شرح الكنز للزيلعى ج ٢ ص ٩٨ ، الشرح الكبير على متن خليل للدردير مع حاشية الدسوقى ج ٢ ص ٢١٦ ، شرح الروض للشيخ زكريا ج ٣ ص ١٢٢ ، والمغنى لابن قدامة ج ٧ ص ٣٣٩ ، ٣٤٠ وكتاب الخلاف للطوسى ج ٢ ص ٥٩ ، المحلى لابن حزم ج ٩ ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ والبحر الزخار ج ٣ ص ٢٧ ، ونيل الأوطار للشوكانى ج ٦ ص ١٢٦ ، ١٢٧ .

رضى الله عنه أتى بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة ، قال : « هذا نكاح السر ، ولا أجيزه ، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت » .

وخامسا : ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال : « لا نكاح إلا ببينة » ، وهو إن كان موقوفا إلا أنه فى حكم المرفوع ، إذ لا مجال للرأى فيه ، لأن اشتراط شرط شرعى لا بد له من دليل شرعى قد إطلع عليه (١) .

وهذه الأحاديث وإن كان لم تسلم أسانيدها من مقال إلا أن بعضها يقوى بعضا فتصبح حجة على أن حديث عائشة رضى الله عنها قد صرح ابن حزم بصحته ، وكذلك ابن حيان ، ومع هذا فقد عضد بالروايات الأخرى الضعيفة وكل هذه الأحاديث - مجتمعة - تحتم وجود شهود على العقد ، فالحديث الأول وصف من تنكح نفسها بغير بينة أنها من البغايا ، وهذا أمر مستنكر شرعا .

والثانى والثالث والخامس نفى النكاح عند الإشهاد ، والمتبادر من هذه العبارة إنما هو نفى الصحة ، لأن نفى الصحة أقرب شىء إلى نفى الحقيقة .

وحديث عمر (الرابع) حكم على النكاح الذى لم يتوفر فيه نصاب الشهادة بأنه نكاح سر ، وأنه لا يجيزه ، ولا يليق بعمر أن يقول هذا إلا بدليل شرعى ثبت عنده ، فليس له ولا لغيره أن يفتات على الله ورسوله .

وأما استدلالهم بالمعقول : فلأن النكاح يتعلق بالبضع ، وهو من الأمور الخطيرة ، وهو عقد ترتبط به أواصر الأسرة ، وقد عهد من الشارع الاحتياط فى أمر الأبضاع على وجه لم يعهد فى غيرها ، فكان لابد من المحافظة على قداسة هذا العقد باشتراط الشهادة عليه صونا له عن الجحود والإنكاح ، وصيانة

---

(١) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٢٧ ، ١٢٨ ، ١٢٩ ، والمحلى ج ٩ ص ٤٦٥

للزوجين من التهمة بأبشع جريمة وهى الزنى ، ولأن هذا العقد يتعلق به حق غير المتعاقدين من الولد ، فاشترطت الشهادة صوناً له عن الجحود .

أدلة من لم يشترط الشهادة :

استدلوا بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء » [١] وقوله جل شأنه « وأحل لكم ما وراء ذلكم [٢] » وقوله تعالى « وانكحوا الأيامى منكم [٣] » .

ووجه الاستدلال بهذه الآيات أنها إما مطلقة ليست مقيدة بشهود ، فالمكلف مخير بين أن ينكح بشهود أو بغير شهود ، وإما عامة تتناول النساء جميعا غير المحرمات وليس منهن غير المشهود على نكاحها .

وعلى ذلك فاشتراط الشهادة لصحة العقد زيادة على الكتاب بدون دليل فيرد .

وأما السنة فأولا ما روى عن سهل بن سعد الساعدى أن امرأة أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله وهبت نفسى منك ، فقال : « مالى اليوم بالنساء من حاجة » إلى أن قال فقام رجل فقال يارسول الله أنكحنيها ـ إلى أن قال النبي صلى عليه وسلم : « اذهب فقد أنكحتكها بما معك من القرآن » والحديث متفق عليه .

---

(١) سورة النساء من الآية ٣ .

(٢) سورة النساء من الآية ٢٤ .

(٣) سورة النور من الآية ٣٢ .

قالوا : ومعلوم أنه لم يكن شهود حينئذ إذ ليس فى الحديث ما يدل على وجود شهود .

وثانيا ما روى من قصة زواجه صلى الله عليه وسلم بصفية بنت حيي من أن المسلمين قالوا : إحدى أمهات المسلمين (أى من زوجاته) أو مما ملكت يمينه ؟ فقالوا إن حجبها فهى إحدى أمهات المؤمنين ، وإن لم يحجبها فهى مما ملكت يمينه فلما أرتحل وطأ لها خلفه ، ومد الحجاب فعلموا أنها من أمهات المؤمنين والحديث مروي فى جميع كتب السير وقد لخصته من البخارى .

فالمسلمون لم يعرفوا أنه تزوجها بالإشهاد وإنما عرفوا بالحجاب فدل ذلك على أن النكاح من غير شهود ، والأصل فى فعله التشريع العام .

وثالثا : نقل صاحب كتاب الخلاف من أن جحش بن رباب من بنى أسد خطب إلى رسول الله عليه وسلم آمنة بنت عبد المطلب فزوجه إياها من غير أن يشهد [1] :

واستدل الإمامية من طريقهم الخاص بما رواه محمد بن مسلم عن الباقر رضى الله عنه قال : إنما جعلت البينة فى النكاح من أجل المواريث .

واستدلوا من طريقهم أيضا بما روى عن زرارة أنه سأل جعفرا الصادق عن رجل تزوج بغير شهود ؟ قال : « لا بأس بالتزويج ألبتة بغير شهود فيما بينه وبين الله تعالى ، وإنما جعل الشهود من تزويج السنة من أجل الولد لو لا ذلك لم يكن به بأس » [2] .

---

(١) الخلاف للطوسى جـ ٢ ص ٥٩ .

(٢) الخبران المنقولان عن الباقر والصادق من تعليقات القمى على كتاب المختصر النافع صـ ١٩٤ .

وأما ما استدلوا به من المعقول فلأن النكاح عقد كبقية العقود والأصل فيها عدم الإشهاد فمن شرط الشهادة احتاج إلى دليل ولا دليل .

وليس هذا استدلالا بالقياس حتى يقال : إن الإمامية لا يحتجون به بل هو استدلال بالاستصحاب ، لأن الأصل عدم الاشتراط .

وقالوا أيضا : إن الله سبحانه وتعالى لم يذكر الشهادة فى النكاح وذكرها فى البيع والمداينة بقوله « واشهدوا إذا تبايعتم[1] » مع أن الحكم فى الشهادة فى النكاح أكثر لما فيها من حفظ النسب وزوال التهم والتوارث وغيره من توابع النكاح ، فلو كان الإشهاد فى النكاح شرطا لما أهمله الله تعالى فى القرآن لأنه ـ كما يقولون ـ مناف للحكمة .

واستدل بعض من يرى هذا الرأى ممن يقولون بحجية القياس بقياس عقد النكاح على عقد شراء الأمة بقصد التسرى والاستمتاع ، فإنه لا تشترط الشهادة على عقد شرائها إجماعا مع أن كل منهما عقد مفيد لحل استمتاع الرجل بالمــــرأة .

دليل مذهب مالك .

قد علمت أن مذهب مالك ينبنى على ثلاث دعاوى .

الأولى أن الشهادة ليست شرطا لصحة العقد ، وأدلتهم على ذلك لا تخرج عن مذهب الإمامية ومن معهم فالنكاح عقد كبقية العقود .

الدعوى الثانيه : اشتراط الشهادة أو الإعلان عند البناء لاستدامة العقد وحل استمتاع كل من الزوجين بالآخر أن حرام هذا الفعل يكون سرآ فلا له لا بد وأن يكون جهرآ ، وذلك بالشهادة أو الإعلان .

---

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٢ .

وأيضا أن الشهادة شرعت لدفع تهمة الزنى عن الزوجين ، وهذا إنما يحتاج إليه عند البناء لا العقد .

الدعوى الثالثة : أنه إذا استكتم الشاهدان كان النكاح فاسدا وقد استدلوا على ذلك بالنقل والعقل .

أما النقل فما روى عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال (أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال) رواه الترمذى وقال حسن غريب ، وفى رواية للترمذى أيضا (أعلنوا هذا النكاح واجعلوه فى المساجد واضربوا عليه بالدفوف) فإذا استكتم الشهود لم يتأت الإعلان المطلوب شرعا .

وأما المعقول فلئن النكاح تترتب عليه آثار باقية تتناول المتعاقدين وغيرهما من الذرية وغيرهم فكان لا بد من اشتهاره حتى يمكن إثباته بالتسامع والشهرة عند الجحود والإنكار ، ولئن كلا من الزوجين فى حاجة إلى دفع تهمة الزنى عنهما وهذا لا يتأتى إلا بالشهرة ، ومع استكتام الشهود يزول هذا المعنى ويمكن التواطؤ على كتمانه فتضيع حقوق الورثة ويكون الزوجان محلا للتهمة وهو ما يكرهه الشارع وينفر منه .

دليل ابن حزم :

استدل على اشتراط الشهادة بحديث عائشة رضى الله عنها الذى روى من طريق سليمان بن موسى عن الزهرى عن عروة قالت : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها وشاهدى عدل فنكاحها باطل) الخ ثم قال : لا يصح فى هذا الباب شىء غير هذا السند ، وفى هذا كفاية لصحته .

وأما قوله بكفاية الإعلان لصحة النكاح فقد قال فى توجيه هذا الرأى

(إن كل من صدق فى خير فهو فى ذلك الخير عدل صادق بلا شك فإذ أعلن النكاح فالمعلنان له به بلا شك صادقان عدلان فيه) وأما قوله إذا استكتم الشهود فلا يضر فقد قال فى الاستدلال له أنه أولا لم يصح - قط - نهى عن نكاح السر إذا شهد عليه عدلان ، وثانيا أنه ليس سراً ما علمه خمسة الناكح (الزوج) والمنكح (الولى) والمنكحة (الزوجة) والشاهدان ، قال الشاعر :

ألا كل سر جاوز الإثنين شائع

وقال غيره :

السر يكتمه الإثنان بينهما وكل سر عدا الإثنين منتشر [1]

مناقشة الأدلة ثم ذكر الرأى المختار .

فلنبدأ أولا بمناقشة أدلة النافين لاشتراط الشهادة .

فأما الآيات التى استدلوا بها - فإن قلنا إنها عامة - فقد خصصت بأدلة أخرى كقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن [2] » وكقوله جل شأنه « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء [3] » إلى غير ذلك من الأدلة المخصصة لهذه الآيات العامة .

وإن قلنا إنها مطلقة فقد قيدت - كذلك - بأدلة قطعية ، كأدلة تحريم الزواج على من عنده أكثر من أربع .

وإذا خصص العام أو قيد المطلق من الكتاب صار ظنيا فأمكن تخصيصه أو تقييده بعد ذلك بالسنة متى صحت .

---

(١) أدلة ابن حزم نقلت ملخصة من المحلى ج ٩ ص ٤٦٥ ، ٤٦٦ .

(٢) سورة البقرة من الآية ٢٢١ .

(٣) سورة البقرة من الآية ٢٢٨ .

فإذا جاء دليل مقبول من السنة وجب الأخذ به ، ولا يكون معارضا لهذه الآيات ، فليس فى هذه الآيات ما يدل على نفى الشهادة على النكاح حتى تكون هذه الآيات دليلا على عدم اشتراطها .

وأما حديث سهل فليس فيه دليل على نفى الشهادة ؛ وكل ما فى الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم زوج الرجل هذه المرأة بما معه من القرآن ؛ على أن صدر الحديث يدل على وجود شهود عديدين لا شاهدين فقط ، ففى رواية البخارى يقول ناقلا عن سهل : « إنى لفى القوم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ قامت امرأة » الخ الحديث .

ووقع فى رواية ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من ينكح هذه[1] » .

أليس ذلك دليلا على أن القصة وقعت بمحضر من شهود عديدين ؟ فلا يصح هذا الحديث دليلا على المطلوب .

وأما تزوجه صلى الله عليه وسلم بصفية ، وكون الصحابة لم يعلموا أنها زوجته إلا بحجابها ، فلا حجة لهم أيضا لاحتمال أن الذين ترددوا فى هذا الأمر غير الشهود ؛ والدليل متى دخله الاحتمال سقط به الاستدلال ؛ وعلى فرض التسليم بأن الجميع ترددوا فى هذا الأمر فإن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم ، وكون فعله صلى الله عليه وسلم للتشريع العام مقيد بما إذا لم يقم دليل على الخصوصية ، وأدلة الجمهور دليل على ذلك .

وأما حديث تزويجه صلى الله عليه وسلم لآمنة بنت عبد المطلب لجحش

---

(١) فتح البارى على البخارى ، الطبعة الأولى بالمطبعة الخيرية سنة ١٣٢٥هـ ج ٩ ص ١٦٢ ، ١٦٣

ابن رباب الأسدى ، فأولا هذا الخبر لم ينقله إلا الطوسى فى كتاب الخلاف ولم يذكر له سنداً حتى ينظر فى سنده ، ومثل هذا الخبر لا يقوى على معارضة الأحاديث التى عرف إسنادها ، وتلقتها الأمة بالقبول .

وثانيا فإننا لا نعلم أن من عماته صلى الله عليه وسلم من اسمها آمنة فبمراجعة كتب السيرة النبوية علم أن عماته صلى الله عليه وسلم هن : صفية ، وعاتكة ، وأروى ، وأميمة ، وبرة ، وأم حكيم البيضاء[١] .

وعلى فرض القول أن له عمة اسمها آمنة ، أو أن الاسم محرف عن أميمة وأن الحديث صحيح ، فإن كلمة « من غير أن يشهد عليه » ليست من كلام الرسول الأكرم ، وواضح أنها من كلام الراوى المجهول فلا تنهض حجة .

ولئن سلم عدم الإدراج فإنه لا يلزم من عدم الإشهاد عدم حضور شهود وقت العقد ، والشرط حضور الشهود عند العقد دون طلب شهادتهم عليه ، وهو معنى الإشهاد .

وأما ما استدل به الإمامية بما نقلوه عن الباقر وعن الصادق رضى الله عنهما ، فإنه مبنى على أصلهم ، وهو عصمة أئمتهم ، وهذا غير ملزم لمن خالفهم فى هذا الأصل ، ولا يعدو أن يكون ما نقل عنهما - إن صح - مذهبا لهما .

على أنه صح أن عليا رضى الله عنه ، وهو الإمام الأول عندهم كان يرى اشتراط الشهادة[٢] ، فهل نرفض قول على لنأخذ بقول الباقر أو الصادق ؟ .

وما هى الحال - إن سلمنا بالقول بعصمة الأئمة - إذا اختلفوا فيما بينهم فى مسألة من المسائل كمسألتنا هذه ؟ ! .

---

(١) تراجع كتب السيره ، ومنها كتاب العقد الثمين لأبى الطيب الفاسى ، مطبعة السنة المحمدية ج ١ ص ٢٧٢ .

(٢) البحر الزخار ج٣ ص٢٧ ، وصاحبه شيعى زيدى خبير بأقوال على .

وأما ما استدلوا به من المعقول من أن النكاح كغيره من العقود ، فإنه على فرض التسليم أن هذا ليس قياسا ، بل هو استدلال بالأصل فإن الشارع جعل لكل عقد شروطا لاعتباره حتى تتحقق الغاية من مشروعيته ، وعلى هذا فلا يلزم من عدم اعتبار الشهادة فى سائر العقود عدم اعتبارها فى عقد النكاح لما له من خطر وبعد أثر فى حياة الأسرة وفى المجتمع .

وأما قولهم : إن الله جل شأنه لم يذكر الشهادة فى النكاح وذكرها فى البيع والمداينة إلى آخر ما قالوه نرد عليه بأن القرآن الكريم لم يستوعب تفصيل جميع الأحكام ، بل إن أكثرها تكفلت به السنة : والقرآن ملىء بالآيات التى توجب طاعة الرسول كطاعة الله « من يطع الرسول فقد أطاع الله [1] » إلى كثير من الآيات التى وردت فى هذا المقام .

وإذا كان القرآن الكريم قد طلب الإشهاد على البيع والمداينة وسكت عن طلبه على النكاح فليس هذا دليلا على عدم اشتراطه فيه متى ثبت طلبه بالسنة الصحيحة .

وإنما نص على الإشهاد فى البيع والمداينة لأن المال مما تشح به النفوس ، وهو مظنة الإنكار والتجاحد ، فأرشد الله ـ سبحانه ـ الأمة إلى الإشهاد عليهما كما أرشد إلى الإشهاد على الكتابة استيثاقا ومنعا للتجاحد ، وأما النكاح فإن العرب الذين نزل القرآن بلغتهم كانوا ـ حتى فى جاهليتهم ـ حريصين على إشهار النكاح حفظا لأنسابهم وصونا لأعراضهم ، فلم تكن هناك حاجة عاجلة إلى أن ينص القرآن الكريم على وجوب الإشهاد على عقد النكاح ، ثم جاءت السنة فبينت وجوب الشهادة عليه بالأحاديث التى تمسك بها المشترطون للشهادة ، ولم يكن عدم ذكر الشهادة على النكاح فى القرآن دليلا على عدم اشتراطها فكم من

---

(١) سورة النساء : الآية ٨٠ .

أمور خطيرة ترك بيانها للرسول صلوات الله وسلامه عليه كأعداد الركعات ومواقيت الصلوات وكثير من شروط صحة الصلاة والزكاة والصوم والحج .

على أن طلب الإشهاد على البيع والمداينة دليل على تأكيد طلبه على النكاح بطريق دلالة النص ولحوى الخطاب ، لأن النكاح - كما قالوا - أبعد أثرا فى حياة الأسرة والمجتمع وتتعلق به أحكام كثيرة لا تقف آثارها عند المتعاقدين وحدهما بل تتعداهما إلى غيرهما ، فيكون طلب الإشهاد على الأدنى دليلا على طلبه بصفة مؤكدة على الأعلى ، والقرآن ملىء بهذا الأسلوب البليغ من التعبير كتحريم ضرب الوالدين بتحريم قول (أف) فى قوله تعالى « ولا تقل لهما أف [1] » ، وكتحريم لمس المرأة الأجنبية أو تقبيلها بتحريم النظر إليها بشهوة بقوله تعالى « قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم [2] » ، إلى كثير من الآيات .

وأما قياس عقد النكاح على عقد شراء الأمة بقصد الاستمتاع فإنه أولا قياس فى مقابلة النص فلا يقبل - وثانيا - لأنه قياس مع الفارق ، فإن عقد النكاح وضع قصداً لحل الاستمتاع بينما عقد الشراء وضع - قصداً - لنقل الملكية ، وحل الاستمتاع فيه ثبت تبعا ، فلا يلحق بالنكاح .

مناقشة مذهب مالك رضى الله عنه :

أما الدعوى الأولى فيرد على أدلتها ما ورد على أدلة الإمامية ومن معهم ومتى ثبت - بمناقشة أدلة الجمهور - طلب الشهادة على النكاح كان المتبادر هو العقد ، لأنه لا يعقل الإشهاد على الوطء الذى هو المعنى الثانى من معانى النكاح .

---

(١) سورة الإسراء من الآية ٢٣ . (٢) سورة النور من الآية ٣٠ .

وأما دعواهم الثانية وقولهم إن حرام هذا الفعل يكون سرا لحلاله يكون جهراً وهذا يحتاج إليه عند البناء لا العقد فمع أن هـذا تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل فإنه مع هذا يقال : إن حل هذا الفعل يعتمد على العقد ، فلا بد وأن تراعى شروطه التى اعتبرها الشارع حتى يترتب عليه أثره من حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر .

وأما قولهم إن الشهادة أو الإعلان لدفع تهمة الزنى وهذا إنما يحتاج إليه عند البناء لا العقد فقول قاصر لأن مشروعية الشهادة ليس لدفع تهمة الزنى فحسب بل لهذا ولخطر العقد نفسه ، فليس أثر هـــذا العقد قاصرا على حل استمتاع كل من الزوجين بالآخـر بل تترتب عليه آثار كثيرة من التوارث وحرمة أصول المعقود عليها ألا ترى لو مات أحد الزوجين بعد العقد وقبل البناء والإشهاد أو الإعلام ألا يتوارثان ، ثم ألا تحرم عليه أم المعقود عليها لو انتهى هذا العقد بالموت أو الطلاق أو الفسخ .

فتبين أن الإشهاد لا بد منه عند العقد ذاته .

وأما الدعوى الثالثة : فإن الأحاديث التى تمسك بها لم تسلم أسانيدها من مقال وغاية ما قيل فيها أنه حسن غريب وهذا يفيد الندب لا الوجوب .

ومما يدل على الندب أمره صلى الله عليه وسلم أن يكون فى المساجد وأن يضرب عليه بالغربال أو الدفوف ، وهذا ليس واجبا بالإجماع فكم تزوج الرسول صلوات الله وسلامه عليه والصحابة رضوان الله عليهم فى غير المساجد ، وكم تزوجوا من غير ضرب للدفوف أو غيرها هـذا وقد ناقش الجمهور الإمام مالكا فقالوا كما قال ابن حزم إن السرية تزول بالشهادة فبالشهادة يتحقق الإعلان ، لأن كل سر جاوز الإثنين ذاع ، ولكنى أخالفهم فى هذا الرأى ، فإنهم لم يستندوا فى قولهم هذا على نص من كتاب أو سنة ،

ولكن استندوا على أقوال شعراء، وهم كما قال الله تعالى: «والشعراء يتبعهم الغاوون . ألم تر أنهم فى كل واد يهيمون . وأنهم يقولون ما لا يفعلون . إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وذكروا الله كثيرا وانتصروا من بعد ما ظلموا»[1] .

ومهما قيل فى صدق هؤلاء الشعراء، فإن واقع الحياة يؤكد أنه يمكن حفظ السر بين بعض الجماعات المتعددة الأفراد متى تواصوا بالكتمان وكانت مصلحتهم المشتركة توجب هذا الكتمان فكم من جمعيات سرية لا نعلم من أخبارها شيئا .

ومما لا شك فيه أن روح الاسلام وعمل الرسول الأكرم والسلف الصالح ومن بعدهم تدل دلالة واضحة على إشهار هذا العقد وإعلانه فإذا استكتم الشهود، وتواصوا مع العاقدين على الكتمان فقد سقطت عدالتهم، وانتفت جميع المعانى التى لأجلها شرعت الشهادة، وكل عمل من شأنه إلغاء مقاصد الشرع يعتبر عملا مردوداً شرعا .

ولذلك فإنى مع الإمام مالك فى أن استكتام الشهود يعتبر عملا غير مشروع، وتميل نفسى إلى القول بأن هذا يؤثر فى العقد بالفساد .

مناقشة ابن حزم :

أما قوله باشتراط الشهادة واستدلاله بحديث عائشة رضى الله عنها فمقبول وكل ما أورد على هذا الحديث فسنبين رأينا فيه عند مناقشة أدلة الجمهور .

وأما ما ساقه من دليل لكفاية الشهادة عن الإعلان، فالحق أننى لا أكاد أفهم قصده، وغاية ما يفهم من قوله أن العاقدين متى أعلنا عقدهما فهما فى

---

(١) سورة الشعراء الآيات ١٢٤، ١٢٥، ١٢٦، ١٢٧ .

هذا الاعلان صادقان عدلان فيقبل قولهما ، وهذا كما ترى ، ومقتضى مذهبه إنه متى صح الحديث وجب الأخذ بظاهره ولا يعدل عن الظاهر بحال من الأحوال ، وقد صرح ـ كما سبق ـ بأن حديث عائشة (أيما امرأة نكحت نفسها من غير ولى وشاهدى عدل فنكاحها باطل) صحح سنده من الطريق الذى ساقه ، ولا شك أن الحديث يفيد وجوب الشهادة على العقد ، ثم يقال له إن العقد قبل الإعلان والشهادة أكان له وجود أم لا ؟

وأما ما قاله فى استكتام الشهود فقد عرفت رأيى فيه عند مناقشة مذهب مالك .

مناقشة أدلة الجمهور :

أما ما استدلوا به من الأحاديث فلم تسلم أسانيدها من مقال ، وأقوى حديث ورد فى هذا المقام هو حديث عائشة الذى استدل به ابن حزم ، وقد علمت فى مبحث ولاية عقد النكاح أن الزهرى أنكره مع ثنائه على سليمان ابن موسى ، والاستدلال بهذا الحديث من هذا الطريق متجه عند غير الحنفية ، فقد صححوه وأخذوا به فى اشتراط الولاية فى عقد النكاح وعدم صحة نكاح المرأة نفسها ، وأما عند الحنفية فيحتاج الأمر عندهم إلى توجيه آخر فيقولون : إنه لما كانت الأدلة الدالة على جواز تولى المرأة لعقد النكاح معارضة لهذا الحديث ، وهى أقوى منه لعدم وجود خال فى سندها رجحنا هذه الأدلة على هذا الدليل فيما يتعلق بالولاية ، وأما ما يتعلق بالشهادة فلم توجد أدلة معتبرة تدل على نفى اشتراط الشهادة فلذلك قلنا بحجيته فى إثبات الشهادة .

وأيضا فإن حديث (لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل) وإن كان نقل تارة مرفوعا وتارة موقوفاً ، إلا أن تعدد طرقه وتلقى الأمة له بالقبول يرفعه

إلى درجة الحجية ، ويقيد به مطلق الكتاب ويخصص عامه عند الجمهور متى كان حجة لجواز ذلك بخبر الآحاد .

وإما عند الحنفية الذين منعوا تخصيص الكتاب بخبر الآحاد إلا أن يشتهر هذا الخبر فلهم أن يقولوا أن هذا الخبر ـ وإن كان كل طريق من طرفه لم يسلم من طعن ـ إلا أن مجموع الطرق وتلقى الأمة له بالقبول يجعله مشهورا لأن الحديث المشهور عندهم ما تلقته الأمة بالقبول فى العصر الثانى وإن كان منقولا فى الصدر الأول آحاداً ، فالعلماء لا يرفضونه ولكنهم ما بين عامل به أو مؤول له ، وأحاديث الشهادة من هذا اللون من الأحاديث ، فلذلك قيدت مطلق الكتاب أو خصصت عامه ، على أنه يمكن أن يقال : أن مطلق الكتاب قد قيد قبل ذلك بأدلة أخرى وعامة قد خصص كذلك فصار ظنيا ، وقد بينت هذا عند مناقشة مذهب الإمامية ومن معهم [1] .

والذى تطمئن له النفس هو اشتراط الشهادة على عقد لنكاح لقوة دليله وعدم وجود معارض قوى أو ضعيف ينفى اشتراطها إلا أننا نزيد على ما تقدم أنه لو تواطأ العاقدان والشهود على الكتمان أثر ذلك على العقد ، وقد بينا وجه نظرنا فى ذلك عند مناقشة مذهب مالك وابن حزم .

هذا ما يتعلق باشتراط أصل الشهادة على عقد النكاح .

« المبحث الثانى الشروط التى تشترط فى الشهود » . [2]

---

(١) من أراد أن يعرف ما ورد على أحاديث الشهادة من طعن أو تصحيح فليرجع إلى كتاب نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٢٦ ، ١٢٧ .

(٢) هذا المبحث ليس مقرراً على طلاب الصف الرابع من كلية الشريعة ولكننا تعرضنا له إتماما للفائدة .

اتفق القائلون باشتراط الشهادة فى عقد النكاح على أنه يشترط فى الشاهد البلوغ والعقل ، لأن الصبي والمجنون غير مكلفين ، ولأنهما لا ولاية لهما على نفسهما فبالأولى لا ولاية لهما على غيرهما ، إذ الشهادة من باب الولاية .

كما اتفق هؤلاء ـ أيضا ـ على أنه لابد من سماع الشاهدين العقد معاً ، فلا يصح أن يسمع أحدهما الإيجاب ، والآخر القبول ، لأن كلا منهما جزء العقد لا تمامه .

كما لا يجوز أن يسمعاه متعاقبين اللهم إلا ما نقل عن أبي يوسف بشرط اتحاد المجلس [١] لأن المجلس يجمع المنفرقات ، ولكن رد أن كلا من العقدين لم يتحقق فيه نصاب الشهادة فلم يوجد عقد شهد عليه اثنان ، وهو الحد الأدنى لنصابها .

وأيضا قد اتفقوا على أنه لابد من إسلام الشاهدين إذا كان الزوجان مسلمين ، لأنه لا ولاية لكافر على مسلم ، والشهادة من باب الولاية .

وأما إن كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية فجمهور العلماء على اشتراط إسلام الشاهدين ، وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى انعقاد النكاح ـ حينئذ بشهادة الكتابيين ولكن إن أنكر الزوج النكاح فلا تقبل شهادتهما عليه ، وأما إن أنكرت الزوجة فتقبل شهادتهما عليها : لأن لهما ولاية عليها .

قال فى المغنى لابن قدامة نقلا عن أبي الخطاب من الحنابلة أنه يتخرج عندهم قول كقول أبي حنيفة وأبي يوسف بناء على الرواية التى تقول بقبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض [١] .

---

(١) شرح الكنز للزيلعى جـ ٢ صـ ٩٩ ، ١٠٠ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٧ صـ ٣٤٠ والبحر الزخار جـ ٣ صـ ٢٧ ، وشرح المنهاج للمحلى مع حاشيتى قليوبى وعميرة جـ ٣ صـ ٢١٩ .

استدل الجمهور على اشتراط الإسلام بحديث « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » ، والكافر ليس بعدل لكفره .

وأيضا فإن السماع من المسلم شهادة عليه ، والشهادة من باب الولاية ولا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى « ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا [٢] » .

فإذا ألغيت شهادة الكافر على المسلم صار كأنه لم يسمع إلا عبارة الزوجة أو وليها ، فتكون شهادة على شطر العقد لا على طرفيه ، وهذا ممنوع إذ الشرط ـ كما تقدم ـ سماع شطرى العقد .

واستدل أبو حنيفة وصاحبه أن الشهادة فى النكاح لإثبات ملك الزوج بضع المرأة ، واستمتاع كل من الزوجين بالآخر أمر مشترك بينهما ، فالشهادة ـ فى الحقيقة ـ شهادة على المرأة أما ثبوت المهر ، وحل تمتع كل منهما بالآخر ووجوب النفقة فكلها أمور تبعية ، وعلى هذا فتكون شهادة الكتابيين على الكتابية لإثبات حق الزوج عليها فى ملك بضعها ، ولا تكون شهادة على المسلم حينئذ ، فلا ضرر .

وهذا إنما يتم أن لو كان عقد الزواج مفيداً لملك البضع فقط كما قالا وهو غير مسلم ، فإن عقد النكاح ـ كما عرفه الفقهاء ومنهم الحنفية ـ أنه عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر قصداً .

كما أنه يرد على استدلال الجمهور بالآية أنها لا تصلح للاستدلال لأنها إنما نفت ولاية الكفار على المسلمين ولاية سلطان وحكم ، فأين هذا مما نحن فيه من الشهادة ، والقصد من هذه الآية حث المسلمين على ألا يتخاذلوا ويضعفوا

---

(٢) سورة النساء من الآية ١٤١ .

فيؤدى ذلك إلى تسلط الكفار عليهم، وأنه ينبغى أن لا تعلو على عزة الإسلام سطوة الكافرين .

وبالرغم مما قد يرد على الاستدلال بالآية من اعتراض فإن استدلالهم بالحديث، وبما ساقوه من توجيه قوى مقبول ولذلك فإن رأى الجمهور أحرى بالقبول - فى هذه المسألة - من رأى أبى حنيفة وصاحبه .

هذا وهناك شروط أخرى اختلفت فيها العلماء منها أولا .

الحرية : وقد اشترطها جمهور العلماء عدا أحمد [1] .

استدل الجمهور بأن الشهادة من باب الولاية، والعبد لا ولاية له على نفسه فلا يكون له ولاية على غيره، وأيضا فإن الشهادة فى النكاح شرعت لخطر هذا العقد ورفعة شأنه، ولا يتحقق هذا بشهادة العبيد، وأيضا فإن اشتغالهم بخدمة أسيادهم يحول دون حضورهم مجالس عقد النكاح .

واستدل الإمام أحمد على صحة النكاح بشهادة العبيد أن الغرض الأول من الشهادة هو الاستيثاق وترجيح جانب الصدق على جانب الكذب عند التقاضى، وهذا يتحقق بصدق الشاهد وضبطه وعدالته، وهذا المعنى موجود فى العبد كما هو موجود فى الحر ، ولأن شهادة العبد مقبولة فى الأخبار والروايات متى كان عدلا ضابطا، ويكون خبره ملزما للأمة ويجب العمل به، فكيف يقال بعدم صلاحيته لتحمل الشهادة على عقد النكاح ؟ .

وأيضا فإنه لم يرد فى كتاب أو سنة أو إجماع رد شهادة العبد، بل الذى ورد اشتراط العدالة

---

(١) المغنى ج ٧ ص ٣٤٢ وشرح الكنز للزيلعى ج ٢ ص ٩٨ ، شرح المنهاج ج ٣ ص ٢١٩ .

والقول بأن حضور العبيد ينافى خطر العقد ، وهو ما شرعت الشهادة لأجله فمع افتراض التسليم بأن الشهادة شرعت لهذا فليس وجود العبيد ، ولا سيما العدول منهم مما يتنافى مع خطر العقد .

والقول أن اشتغالهم بالخدمة يحول بينهم وبين هذه المجالس مردود بأن الفرض أنهم حضروا فعلا .

ولا شك أن ما ذهب إليه أحمد له وجاهته واعتباره ، ولا سيما إذا كان العبد ذا خلق ودين .

ثانيا : الذكورة .

ذهب الشافعى والقاسمية وأحمد والنخعى والأوزاعى إلى اشتراط الذكورة فلا يصح النكاح عندهم إلا بشهادة رجلين على الأقل ، وذهب الحنفية والزيدية إلى أنه يجوز بشهادة رجل وامرأتين وهو مروى عن الشعبى ، وقال ابن قدامة من الحنابلة : إن هذا يحتمل أن يكون رواية أخرى عن أحمد .

وقال مالك وابن حزم إنه يكفى فيه شهادة أربع نسوه لأن الشرط عندهما الشهادة أو الإعلان كما تقدم وهذا يتحقق بأربع نسوه ، ولأن كل اثنتين قائمتان مقام رجل فيكمل العدد [١] .

استدل من اشترط الذكورة بالسنة والمعقول . أما السنة فما روى من قوله صلى الله عليه وسلم (لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل) فيفيد بمفهومه أنه لا يجوز بشهادة النساء ، لأن شاهدى عدل مثنى شاهد لا شاهدة .

وأيضا ما نقله ابن قدامة فى المغنى عن الزهرى أنه قال (قضت السنة عن

---

(١) شرح الكنز للزيلعى جـ ٢ صـ ٩٩ ، شرح المنهاج جـ ٣ صـ ٢١٩ ، المغنى جـ ٧ صـ ٣٤١ والمحلى جـ ٩ صـ ٤٦٥ .

النبي صلى الله عليه وسلم أنه لا يجوز شهادة النساء فى الحدود ولا فى النكاح ولا فى الطلاق) رواه أبو عبيد فى الأموال .

وأما المعقول فلأنه عقد ليس المقصود منه المال ، ويحضره الرجال غالبا فلا يثبت بشهادتهن كالحدود .

وأما من قالوا بصحة شهادتهن مع الرجال فقد استدلوا بالكتاب والسنة والقياس .

أما الكتاب فقوله تعالى « واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وأمرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى [١] » فهذه الآية - وإن وردت فى المداينة - فإنها تفيد إذن الشارع بقبول شهادة النساء مع الرجال فى العقود فلا ترد شهادتهن إلا بنص صريح ، لا بمفهوم المخالفة لحديث .

وأما السنة فقد روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح إلا بشهود » وقال الترمذى والعمل بهذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم والتابعين وغيرهم [٢] ووجه الاستدلال بهذا الخبر أنه قد ورد بصيغة الجمع ، ولم يقل أحد باشتراط ثلاثة رجال أو ثلاث نسوه فتعين الحمل على أن يكون القصد رجلا وأمرأتين .

وأما القياس ، فلأن النكاح عقد كغيره من العقود فتقبل فيه شهادة المرأة مع الرجل إذ لا فارق .

وهذا الكلام له وزنه واعتباره فإن ما استدل به الشافعية ومن معهم مبنى

---

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٢ .

(٢) نيل الأوطار جـ ٦ صـ ١٢٧ .

على حجية مفهوم المخالفة وهو ليس بحجة عند الحنفية ، وعلى فرض التسليم بحجيته فإنه معارض بمنطوق الآية فلا يصلح دليلا حتى عند من يقولون بحجيته .

وأما ما نقل عن الزهرى فهو ـ كما ترى ـ مرسل ، وفى الاحتجاج به نظر ، وعلى فرض التسليم بحجيته فإنه لا يقوى على معارضة الآية السابق ذكرها ، ومع هذا فإن المستدلين به لم يعملوا بمقتضاه فى الطلاق فدل ذلك على عدم الاحتجاج به .

وأما ما قالوه من المعقول ، فإنه قياس مع الفارق ، فإن الحدود تدرأ بالشبهات ، فإن فى شهادة النساء شبهة البدلية التى تدرأ الحد ، ولا كذلك النكاح فإنه يثبت مع الشبهة ، وليس فى حضور النساء الفضليات ما ينقص من خطر هذا العقد .

وإذا كنا قد اخترنا فيما تقدم أن عبارة الفساد معتبرة فى عقد النكاح فلا يسعنا إلا أن نعتبر شهادتهن عليه مع الرجال وإن كان الأدب الاكتفاء بشهادة الرجال صونا لهن عن مخالطة الرجال . كما قلنا فى مسألة الولاية .

ثالثا : العدالة :

ذهب الشافعية والقاسمية من الزيدية وأحمد فى إحدى الروايتين عنه إلى اشتراط العدالة .

وذهب الحنفية وأحمد [1] بن عيسى من الزيدية إلى عدم اشتراطها ، وهى رواية أخرى عن الإمام أحمد بن حنبل ، وإذا حصل الإعلان والشهرة بشهادة الفساق صح عند مالك وابن حزم على أصلهما .

---

(١) هو أحمد بن عيسى بن زيد بن على زين العابدين بن الحسين بن على كرم الله وجهه .

استدل من اشتراط العدالة بالسنة والمعقول .

أما السنة فحديث (لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل) وهو الأصل فى هذا الباب .

وأما المعقول فلأن الشهادة إنما شرعت فى هذا العقد إما لخطره وكرامته. وإما لصيانته عن التجاحد ، والفساق ليسوا أهلا للكرامة ، ولا يشرف العقد بحضورهم ، كما لا يثبت النكاح بشهادتهم عند الإنكار لرد شهادتهم .

واستدل من لم يشترطها بما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال (لا نكاح إلا بشهود) ، وفى رواية (لا نكاح إلا بشاهدين) وفى أخرى (لا نكاح إلا ببينة) وكل هذه الروايات مطلقة فتترك على إطلاقها واستدلوا - كذلك - بأن الفاسق يصلح للولاية العامة ، وهى الإمامة العظمى ، والشهادة من باب الولاية .

وما ذهب إليه الشافعى ومن معه أقوى دليلا ؛ وذلك لأن القاعدة الأصولية : أنه إذا ورد مطلق ومقيد مع اتحاد الحكم والسبب حمل المطلق على المقيد ، كما هو الحال فى مسألتنا هذه .

وما ذكره الحنفية من المعقول تعليل فى مقابلة النص فلا يقبل ، وما قاله الشافعية ومن معهم أحرى بالقبول .

هذا والذين اشترطوا العدالة ذهب أكثرهم إلى الاكتفاء بالعدالة الظاهرة وهو الحق .

ونقل عن بعض متقدمى الشافعية كالاصطخرى وصاحب المهذب اعتبار العدالة ظاهرا وباطنا حتى قالوا بفساد العقد إذا ظهر فسقهم ؛ ولا شك أن الأخذ بهذا الرأى فيه تضييق على المسلمين ، فإن النكاح يقع فى أحوال

متعددة قد لا يتيسر معها تعرف الحقيقة فى عدالة الشهود فيكتفى بظاهر حالهم ، فالمفروض فى المسلم أن يكون عدلا ، ولسنا مطالبين بالتقصى عن مستور أحوالهم .

والذى ندين الله عليه ألا ينعقدَ النكاح بشهادة الفساق عند تلبسهم بالفسق كأن يكونوا سكارى وقت العقد ، وهذا هو الذى حدانا إلى اختيار رأى مالك فى أنه إن تواطؤوا على كتمان الشهادة أن لا يصح العقد ، لأنهم ـ حينئذ ـ فساق بنص القرآن ، لأنه اتفاق على معصية ، قال تعالى فى شأن الشهادة : « ومن يكتمها فإنه آثم قلبه »[1] .

رابعا : إلا يكون الشاهد ممن ترد شهادته لقرابة أو عداوة بأن يكون أصلا أو فرعا لأحد الزوجين أو كليهما أو أن يكون عدوا عداوة دنيوية وذهب الحنفية والزيدية وأحمد فى إحدى الروايتين عنه ، وهى التى اختارها عبد الله بن بطة كما فى المغنى إلى انعقاد النكاح بشهادة هؤلاء ، وهو الأصح من مذهب الشافعى .

وذهب أحمد فى رواية إلى عدم صحة انعقاد النكاح بهؤلاء وهو الصحيح من مذهب الشافعى[2] .

دليل المجيزين للشهادة :

أن النصوص التى أوجبت الشهادة لم تفصل ، فلم تخرج هؤلاء فإخراجهم يكون من غير دليل وهو ممنوع .

---

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٣ .

(٢) شرح الكنز للزيلعى ج ٢ ص ٩٩ ، والمغنى ج ٧ ص ٣٤٢ ، وشرح المنهاج ج ٣ ص ٢١٩ والبحر الزخار ج ٣ ص ٢٨ .

وأيضا فإن النكاح يثبت بهؤلاء ـ فى الجملة ـ فإن العدو قد تزول عداوته فتقبل شهادته على من كان عدوا له ، وقد يشهد القريب على قريبه لا له فلا تهمة .

دليل النافين .

استدلوا بأن القصد من اشتراط الشهادة صيانة هذا العقد عن التجاحد وهؤلاء لا تقبل شهادتهم أداء فكذا تحملا ، قياسا للانعقاد على الأداء :

وحيث إن أدلة المجيزين مقبولة نقلا وعقلا فالأخذ بمذهبهم أوفق لأن الاحتمال الذى ذكروه يقع كثيرا كما هو مشاهد .

ولا وجه لقياس الانعقاد على الأداء لأنه قياس مع الفارق لاختلاف الحالين ، والله أعلم بالصواب .

« أصول وفروع المزنى بها(*) »

تمهيد :

اتفق الفقهاء على أنه إذا عقد رجل نكاحه على امرأة حرمت على أصوله وفروعه دخل بها أم لا ، كما اتفقوا - أيضا - على أنه إذا حصلت مباشرة جنسية كاملة بين رجل وامرأة وكان لهذه المباشرة وجه من الحل فإن حرمة المصاهرة تثبت فى هذه الحال سواء كان هـذا الحل بعقد نكاح أو بملك يمين ، وألحق جمهرة العلماء النكاح الفاسد متى اتصل به الوطء ، والوطء بشبهة بالنكاح الصحيح فى إثبات حرمة المصاهرة بين الرجل والمرأة ، فتحرم على أصوله وفروعه ، كما يحرم على أصولها وفروعها ، ولم يشذ عن ذلك أحد - فيما أعلم - إلا ابن حزم ، فإنه لم يثبت للنكاح الفاسد حكم النكاح الصحيح فى إثبات حرمة المصاهرة .

والخلاف بين العلماء فى الوطء الحرام قطعا وهو الزنى ، أتثبت به حرمة المصاهرة أم لا ؟

(١) فذهب أبو حنيفة وأحمد والإمامية فى أكثر الروايات عنهم إلى

(*) هذا المبحث هو أول مبحث لم يشترك معى فى وضعه أخى وزميلى المأسوف عليه فضيلة المرحوم الشيخ محمد على الديب حيث انتقل إلى رحمة مولاه آخر شعبان سنة ١٣٧٩ هـ وقد جمعت مسودته وأصوله فى رمضان من العام نفسه ، وانتهز هذه الفرصة لأتوجه إلى المولى الكريم أن يتغمده برحمته ويوسع له فى قبره ، فقد كان نعم الأخ ونعم العون ، عوضنا الله فيه خيرا وأثابه ثواب المخلصين إنه سميع مجيب .

أن الزنى تثبت به حرمة المصاهرة ، وهو مذهب الأوزاعى والثورى و إسحاق ابن راهويه وعمران بن الحصين والحسن وعطاء وطاووس ومجاهد والشعبى والنخعى ، ورواه ابن حزم بسنده إلى ابن عباس وهو مذهب أبى هريرة وابن مسعود رضى الله عنهم جميعا .

(٢) وذهب الشافعى والزيدية إلى أن الزنى لا تثبت به حرمة المصاهره مطلقا حتى لو تأكد أنها ابنته من مائه ، وهو مذهب على وسعيد بن المسيب وعروة بن الزبير والزهرى وأبى ثور وابن المنذر ، وهو ـ كذلك ـ رواية عن الإمامية ، وروى صاحب البحر الزخار هذا المذهب عن على كرم الله وجهه ، ورواه ـ أيضا ـ عن ابن عباس ، ووافقه على الأخير صاحب المغنى ويظهر من حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لمتن خليل المالكى أن هذا قول لمالك ، وإن كان الأصح عنده والذى رجع إليه مالك هو ما سيذكر بعد .

(٣) وذهب مالك فى أصح الأقوال عنه إلى القول بتحريم من خلقت من مائه أو خلقت من ماء من خلق من مائه .

فمن زنى بامرأة فحملت منه ببنت فإنها تحرم عليه وعلى أصوله وفروعه وإن حملت منه بذكر حرم على أصول وفروع الزانى ، كما تحرم بنته على أصوله وفروعه ولا تنتشر حرمة المصاهرة بنفس الزنى ، وإنما الحرمة تثبت بالأبوة والبنوة من الزنى فعنده من زنى بامرأة جاز له أن يتزوج أصلها أو فرعها وجازلها أن تتزوج أصله أو فرعه غير المتولد منه من الزنى .

(٤) وذهب ابن حزم إلى أنه لا يحرم بالزنى إلا مزنية الأب فقط ومن سوى ذلك فهن حلال له بعد أن يتوب ، لأن شرط صحة زواج الزانى ـ عنده ـ التوبة .

وهل يبطل الزنى النكاح القائم ، كما لو زنى بابنة زوجته أو بأمها ؟ أما عند

من لا يثبتون حرمة المصاهرة بالزنى فالأمر ظاهر فى أنه لا يبطل النكاح القائم ، وأما عند القائلين بإثبات حرمة المصاهرة به فأكثرهم على أنه مبطل للنكاح القائم .

وذهب بعض الإمامية إلى القول بالتفرقة بين الزنى السابق واللاحق فقالوا : تثبت حرمة المصاهرة فى الأول ، ولا يفسخ النكاح القائم فى الثانى .

هذه هى المذاهب فى هذه المسألة [1] .

وإليك أدلة كل مذهب ثم نذكر بعد ذلك ما هو المختار ، ولنبدأ بمذهبي ابن حزم ومالك لقلة الكلام عليهما .

دليل ابن حزم :

استدل بقوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف [2] » ، وحاصل استدلاله بهذه الآية أن النكاح فى اللغة التى نزل بها القرآن يقع على شيئين أحدهما الوطء كيف كان بحلال أو بحرام ، والآخر العقد ، فلا يجوز تخصيص الآية بدعوى من غير نص من الله تعالى أو رسوله ،

---

(١) تراجع الكتب الآتية . بدائع الصنائع جـ٢ ص ٢٦٠ ، ٢٦١ طبعة شركة المطبوعات العلمية بمصر سنة ١٣٢٧ هـ وشرح الزيلعى على الكنز جـ٢ ص ١٠٦ ، ١٠٧ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ٢ ص ٢٥٠ وحاشيتى قليوبى وعميرة على شرح المنهاج للمحلى جـ٣ ص ٢٤٣ ، وشرح الروض مع حاشية الشهاب الرملى جـ٣ ص ١٤٨ ، والمغنى لابن قدامة جـ٧ ص ٤٨٢ ، ٤٨٣ والمحلى لابن حزم جـ٩ ص ٥٣٢ ، ٥٣٣ ، ٥٣٤ ، ٥٣٥ والمختصر النافع ص ٢٠١ والخلاف للطوسى جـ٢ ص ٦٦ ، البحر الزخار جـ٣ ص ٢٧ .

(٢) سورة النساء الآية ٢٢ .

فأى نكاح نكح الرجل المرأة حرة أو أمة بحلال أو بحرام فهى حرام على ولده بنص القرآن ، وولد الولد كالولد لقوله تعالى « يابنى آدم »[١] .

ويرى أنه إن زنى الابن بامرأة ثم تابت لم يحرم نكاحها على أبيه أو جده ومن زنى بامرأة لم يحرم عليه إذا تاب أن يتزوج أمها أو ابنتها ، ويقول : ليس فى القرآن ولا فى السنة إلا تحريم منكوحة الأب ، سواء كانت من حلال أو من حرام ، فيبقى ما وراء ذلك حلالا لقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم »[٢] ، اهـ ملخصا من المحلى[٣] .

دليل مالك على ما ذهب إليه أخيرا وهو قصر الحرمة على المتولدة من ماء الزنى على الزانى وأصوله وفروعه .

أن المتولدة من ماء الزنى هى ابنة الزانى خلقت من مائه ، وهذه حقيقة لا تختلف بالحل والحرمة ، ومما يرشح ذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم ألحق ابن وليدة زمعة بزمعة ، وأمر سودة بأن تحتجب عنه ، وما ذلك إلا لأن صفته كانت على هيئة من اتهمت به الوليدة .

وأيضا فقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى امرأة هلال بن أمية الذى قذف زوجته (أبصروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الإليتين[٤] خدلج الساقين فهو لشريك بن سمحاء[٥]) وهو الرجل الذى اتهمت به ، فقد

(١) سورة الأعراف الآية ٢٦ ، ٢٧ ، ٣١ ، ٣٥ .

(٢) سورة النساء من الآية ٢٤ .

(٣) جـ ٩ ص ٥٣٢ .

(٤) أى ممتلئوها .

(٥) يراجع البخارى فى كتاب تفسير القرآن سورة النور ، أو فتح البارى شرح البخارى جـ ٨ ص ٣١٤ المطبعة الخيرية للسيد عمر الخشاب سنة ١٣٢٥هـ .

نسبه النبي صلى الله عليه وسلم إلى شريك لتخلقه من مائه ، وإن كان لم يثبت أحكام النسب الشرعية لما تقرر فى حديث وليدة زمعة « أن الولد للفراش وللعاهر الحجر » والذى يعتبر أصلا من أصول التشريع .

وأيضا فإن البنت المتخلقة من الزنى بنت حقيقة للزانى ، لأنها جزء منه فصارت كما لو كانت من نكاح ، وتخلف بعض أحكام الأبوة والبنوة من ميراث وولاية وغير ذلك لا ينفى أنها بنت حقيقة كتخلف هذه الأحكام لرق أو اختلاف دين أو غير ذلك ، ومتى ثبت أنها ابنته حقيقة حرمت عليه وعلى أصوله وفروعه ، وأما من سواها فلا تحرم لعدم نسبتها إليه لا لغة ولا شرعا ، فتبقى على أصل الإباحة الثابتة بقوله تعالى : « وأحل لكم ما وراء ذلكم » .

أدلة الشافعية ومن معهم ممن منعوا ثبوت حرمة المصاهرة بالزنى استدلوا بالمنقول والمعقول .

أما المنقول فقوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله سبحانه ـ لم يذكر من المحرمات أصول ولا فروع المزنى بها ، ولا الزانى ، وإنما المذكور منكوحة الأب ، والنكاح ـ عند الإطلاق ـ إذا ورد فى لسان الشرع أريد به العقد .

وأيضا فإنه قال فى منكوحة الإبن « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » ومزنية الإبن ليست حليلة له ، وقال فى شأن أم المنكوحة « وأمهات نسائكم » والمزنى بها ليست من نسائه ، وقال فى شأن فرعها « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن » وليست ابنة المزنى بها ربيبة له ، ولا تكون فى حجره .

واستدلوا ـ أيضا ـ بما أخرجه الدار قطنى والطبرانى من حديث عائشة

رضى الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يتبع المرأة حراما ثم ينكح ابنتها أو البنت ثم ينكح أمها فقال النبي صلى الله عليه وسلم « لا يحرم الحرام الحلال ، إنما يحرم ما كان بنكاح حلال [١] » .

وأما المعقول فإن حرمة المصاهرة نعمة : إذ بها يصير البعيد قريبا والعدو حبيبا ، وتحصل بها المناصرة والمؤازرة فلا تنال تلك النعمة بالمحظور ، وهو الزنى ، بل إن بين الزانى وأسرة مزنيته من العداوة ما لا يخفى .

دليل الحنفية ومن معهم ممن قالوا بثبوت حرمة المصاهرة بالزنى استدلوا أيضا ـ بالمنقول والمعقول .

أما المنقول ، فأولا قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء .

وبيان وجه الاستدلال بهذه الآية أن النكاح حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد بدليل أن العلماء احتجوا بهذه الآية على حرمة موطوءة الأب بملك اليمين وعلى هذا فيكون معنى الآية ـ والله أعلم ـ ولا تطئوا ما وطىء آباؤكم من النساء من غير تقييد بكونه حلالا أو حراما ولئن سلمنا أنه حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء فإن الحمل هنا على المعنى المجازى أولى لتعقيب ذلك بقوله جل شأنه « إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » فهذه الصفات الثلاث أولى أن تكون وصفا للوطء لا العقد ألا ترى أن الله ـ سبحانه وتعالى ـ وصف الزنى بوصفين من هذه الأوصاف الثلاث فقال جل ذكره « ولا تقربوا الزنى إنه كان فاحشة وساء سبيلا [٢] » .

ولئن سلمنا أنه حقيقة فيهما على الاشتراك فإما أن يكون مشتركا معنويا على معنى أن لفظ النكاح موضوع لمعنى يشمل العقد والوطء وهو الضم

(١) فتح البارى شرح البخارى ج٩ ص ١٢٣ .

(٢) سورة الأسراء الآية ٣٢ .

أو مشتركا لفظيا على معنى أن لفظ النكاح موضوع لكل منهما بوضع خاص فإن كان الأول فيكون النهى مسلطا على هذا المعنى العام فيتناول الوطء والعقد وإن كان الثانى فإن إرادة كل من معنىَ المشترك جائزة فى النفى عند أكثر الأصوليين، والنهى كالنفى.

واستدلوا - ثانيا - بالسنة بأحاديث كثيرة منها.

(ا) حديث مرسل من طريق ابن جريج قال: اخبرت عن أبى بكر ابن عبد الرحمن بن أم الحكم أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن إمرأة كان زنى بها فى الجاهلية أفتنكح الآن ابنتها؟ فقال عليه الصلاة والسلام «لا أرى ذلك، ولا يصلح لك أن تنكح إمرأة تطلع من ابنتها على ما اطلعت عليه منها». وهذا الحديث وإن كان مرسلا فهو حجة عند الحنفية.

(ب) وحديث آخر مرسل فيه الحجاج بن ارطأة عن أبى هانىء قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم «من نظر إلى فرج إمرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها» [1] فالوطء من باب أولى، لم يفرق فى ذلك بين النظر الحلال أو الحرام.

وروى ابن قدامة فى المغنى عن الجرجانى بإسناده إلى وهب بن منبة قال «ملعون من نظر إلى فرج إمرأة وابنتها» فذكرته لسعيد بن المسيب فأعجبه [2] وروى كذلك عن ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم مرفوعا أنه قال «من نظر إلى فرج إمرأة لم تحل له أمها وابنتها» وفى لفظ لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج إمرأة وابنتها» [3]

(١) هذا الحديث والذى قبله مذكور فى المحلى جـ٩ ص ٥٢٣.

(٢) المغنى لابن قدامة جـ٧ ص ٤٨٣.

(٣) المغنى جـ٩ ص ٤٨٧.

وقد نقل هذا الحديث صاحب فتح البارى موقوفا على ابن مسعود ، فعلى فرض عدم رفعه فهو حجة ، لأن قول الصحابى فيما لا مجال فيه للرأى يكون فى حكم المرفوع ، وهذا لا مجال فيه للرأى إذا لا يحكم ابن مسعود بحرمة من ذكر إلا عن توقيف .

وأما المعقول : فقد قالوا : إن مناط التحريم - حقيقة - هو الوطء ، بصرف النظر عن كونه حلالا أو حراما ، وذلك لأنه سبب للجزئية بواسطة الولد حيث يضاف إلى كل منهما كملا ، فيقال : هذا الولد ابن فلان ، وهذا الولد ابن فلانة ، فتصير أصولها كأصوله وفروعها كفروعه وكذلك العكس ، ووصف الحل والحرمة لا مدخل له فى التحريم ، ألا ترى أنه ثبتت حرمة المصاهرة - إجماعا - بوطء جاريته أو زوجته وهو صائم أو محرم أو وهى حائض مع أن هذا الوطء حرام ، وكذا الوطء بنكاح فاسد .

وأيضا فإن الاحتياط فى أمر الأبضاع يقتضينا القول بالتحريم ، لأنه يصير كالمستمتع بالأم وابنتها فى وقت واحد ، لأن كل منهما تذكره بالأخرى فكأنه يقضى وطره من كل منهما معا ، وهذا من أقبح القبح .

هذه هى أدلة المذاهب ، وإليك مناقشة كل منها ثم نذكر بعد ذلك ما هو المختار .

مناقشة ابن حزم :

وقف ابن حزم - كعادته - عند ظاهر النص ، وألغى مناط الحكم ، إذ كيف يعقل تحريم مزنية أبيه ولا يحرم نكاح ابنته من الزنى مع أنها جزؤه ، وهذا - ولا شك - جمود أمام النص ، وإغفال لمناط الأحكام ، وما الفرق بين امرأة زنى بها الأب فتحرم على الابن ، وامرأة زنى بها الابن فتحل للأب ، وهل هذا إلا من أخلاق الكلاب وملة الشيطان ، لا أخلاق الناس ؟ . .

كما قال هو فى هـذه المسألة عند رده على من جعل النكاح الفاسد كالنـكاح الصحيح فى إثبات حرمة المصاهرة .

ثم إن لفظ النكاح قد ورد فى قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » مرتين الأولى فى سياق النهى والثانية صلة لـ (ما) وهى محط الاستدلال ولا شك أنه مثبت فلا بد من إرادة أحد معنييه إن جرينا على أن هذا اللفظ من قبيل المشترك اللفظى ، كما هـو اختيار المحققين من الأصوليين ولا يتم ما قاله ابن حزم إلا إذا جرينا على أن لفظ (النـكاح) موضوع لمعنى عام يتناول العقد والوطء معا وهو الضم ، وهذا ليس محل تسليم من علماء اللغة كما يفهم من كتبهم ومن كتب الخلاف والتفاسير ، ولا بد وأن يـكون هـذا رايا للبعض دون البعض ، والدليل ـ كما يقولون ـ متى دخله الاحتمال سقط به الاستدلال .

وأما التمسك بعموم قوله تعالى « وأحل لـكم ما وراء ذلكم » فإن هـذا الدليل عام ، وقـد خصص أكثر من مرة كتحريم ما فوق الأربع ، وتحريم نكاح المشركات ، وكذا من سوى الأم والأخت من الرضاع إلى غير ذلك فلا يمتنع تخصيصه ـ أيضا ـ بتحريم من سوى موطوءة الأب كأصول وفروع الزانى بأدلة شرعية أخرى .

مناقشة دليل مالك رضى الله عنه .

يمـكن أن يرد عليه أن الـكلام ليس فى نسبة المتولدة من الزنى إلى صاحب المـاء من ناحية اللغة ، إذ أن الشارع ألغى هـذه النسبة ، وحكم (أن الولد للفراش ، وأن للعاهر الحجر) ورغما أن ولد امرأة هلال بن أمية جاء شبيها لشريك ، وأن النبى صلى الله عليه وسلم أخبر ـ وهو الصادق المصدوق ـ أنه إن جاءت به على الصفات السالف ذكرها فهـو لشريك بن سمحاء رغما عن

هذا كله ، فلم يثبت الرسول صلى الله عليه وسلم نسبه من شريك ، وقياس ولد الزنى فى عدم إجراء أحكام الميراث وغيرها عليه على ما إذا كان هناك رق أو اختلاف دين إلى آخر ما قال قياس مع الفارق الكبير ، فإن الرق واختلاف الدين مانعان متى زالا ثبتت جميع أحكام البنوة بخلاف ولد الزنى فإن انتفاء نسبه صفة لازمة له لا تزول .

مناقشة أدلة الشافعية ومن معهم

فإنه يرد عليه ما أورد على ابن حزم ؛ ودعوى أن النكاح حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء ـ كما قالوا ـ ليست مسلمة ؛ فإن الخصوم يمنعون ذلك ، وكل ما ساقوه من أدلة لم تسلم من الضعف ، ولعل أسلم ما قيل فى هذا المقام أن لفظ النكاح موضوع لمعنى عام يشمل العقد والوطء : وكل ما ساقوه من شواهد سواء كان من الحنفية أو الشافعية لم يفهم المعنى المراد إلا بضميمة قرينة ، ولو لا الإطالة لعرضت عليه نماذج مما قالوه فى هذا المقام [1] .

على أنه لو سلم جدلا أن لفظ (النكاح) حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء فلقائل أن يقول : إن الحمل على المعنى المجازى هنا أولى بدليلين :

الأول : أن هذه الآية هى الدليل على حرمة منكوحة الأب بملك اليمين وليس هناك عقد نكاح ، بل قد لا يكون هناك عقد أصلا ، كأن يكون قد ملكها بطريق الميراث أو الاسترقاق ، وأيضا فإن هذه الآية ـ أيضا ـ هى الدليل على حرمه موطوءة الأب بشبهة ، وليس بينهما عقد .

---

(١) تراجع كتب الخلاف عند تعريف النكاح ، وكذا تفسير الفخر الرازى والألوسى والجصاص عند تفسير قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » الآية .

الثانى : أن تذييل الآية بقوله جل شأنه : « إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » يرشح أن المراد هو الوطء لا العقد ، فإن من هذه الأوصاف الثلاثة وصفين وصف بهما الزنى كما تقدم فى تقرير مذهب الحنفية .

وأما ما استدلوا به من السنة وهو الحديث المروى عن عائشة رضى الله عنها فإن فى إسناده عثمان بن عبد الرحمن الوقاصى ، وهو متروك [١] .

وطعن فيه يحيى بن معين بالكذب [٢] ، وعلى فرض تسليم صحته من ناحية الإسناد فليس قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحرم الحرام الحلال » جاريا على ظاهره ، ألا ترى أنه لو صب قليل من الخمر على قليل من الماء ألا يحرمه ؟! فقد ثبت أن الحرام يحرم الحلال ، فيكون المعنى ـ والله ورسوله أعلم ـ أن الحرام من حيث هو حرام لا يحرم الحلال من حيث هو حلال ، وإن كان يحرمه باعتبار آخر .

وهذا الاعتراض أورده الشعبى على من اعترض عليه بهذا الخبر ، فقد روى عبد الرزاق عن معمر عن قتادة قال : قال يحيى بن يعمر للشعبى ، (والله ما حرم حرام قط حلالا قط) فقال الشعبى ، (بلى لو صببت خمراً على ماء حرم ذلك الماء [١]) .

وأياً ما كان فإن هذا الحديث لا يثبت به حكم ، ولا سيما فى مسألة كهذه تتعلق بالأبضاع التى احتاط فيها الشارع أكثر مما احتاط فى غيرها .

وأما ما استدلوا به من المعقول وهو أن حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور فقد قال الكمال بن الهمام فى فتح القدير : (إنه مغلطة ، فإن النعمة

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٢٣ .
(٢) حاشية شهاب الدين الشلبى على الزيلعى على الكنز ج ٢ ص ١٠٦ .
(٣) فتح البارى ج ٩ ص ١٢٤ .

ليست التحريم من حيث إنه تحريم ، لأنه تضييق ، ولذا اتسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم ، وحقيقة النعمة إنما هى المصاهرة لا حرمة المصاهرة .

مناقشة أدلة الحنفية ومن معهم القائلين بثبوت حرمة المصاهرة بالزنى :

أما ما استدلوا به من الكتاب وهو قوله تعالى « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » فلا يتم إلا على فرض تسليم أن النكاح المراد بالآية هو الوطء ، وهذا فى حيز المنع ، إذ أن هذه الآية قد استدل بها على تحريم منكوحة الأب وإن لم يدخل بها ، وقولهم إن الحمل على الوطء أولى لتذييل الآية بقوله « إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا » كذلك فى حيز المنع لأن نفس اللفظ الذى وضعه الشارع لاستباحة الفرج الحلال إذا ذكر لاستباحة ما حرم الله من منكوحات الآباء المعقود عليهن كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا .

وأما الأحاديث التى استدلوا بها فهى إما مرسلة وإما منقطعة وإما مجهولة الإسناد ومثلها لا تقوم به حجة فحديث ابن جريج مرسل وفيه أبو بكر ابن عبد الرحمن بن أم الحكم وهو مجهول ، والحديث المرسل إنما يكون حجة عند الحنفية إن كان المرسل ثقة ، وحديث (من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا بنتها) فيه الحجاج بن ارطاة وهو هالك وشيخه وهو أبو هانى مجهول [1] ، والأثر المروى عن وهب بن منبه لا تقوم به حجة فحجية قول الصحابى مشكوك فيها فما بالك بمثل وهب .

والحديث المروى عن ابن مسعود لم ينقل فى كتب الحديث إلا موقوفا عليه والمسألة ـ كما ترى ـ ظنية ، وهى محل للاجتهاد فلا يكون قول ابن مسعود رضى الله عنه حجة ، وإنما يصلح ـ فقط ـ للاستئناس وبهذا تبين أن الأحاديث التى تمسكوا بها لم تسلم من التجريح والطعن ، وهى طعون لها قيمتها وأهميتها .

(١) المحلى جـ ٩ ص ٥٣٣ .

وأما ما استدلوا به من المعقول وقولهم : إن مناط الحكم هو الوطء من حيث هو وطء مع الغاء وصف الحـــل ، واستدلالهم على ذلك بأن حرمة المصاهرة ثبتت مع الوطء الحرام مثل وطء الصائم إلى آخر ما قالوه فإن هذا مغلطة كبرى فإن الحرمة فى الصور التى ذكروها حرمة طارئة تزول بزوال سببها ولكن الفراش نفسه حلال وأما حرمة الزنى فإنها حرمة ذاتية لا تتخلف وشتان بين الأمرين .

وبهذا تبين لك أن الأدلة من جميع الأطراف المثبتين والنافين والمفصلين لم تسلم من الطعن والتزييف ، لا فرق بين الأدلة النقلية والأدلة العقلية ، والمسألة مسألة وقع فيها الخلاف بين الصحابة والتابعين ومن بعدهم رضى الله عنهم جميعا ، ولم يبق أمام من يريد الترجيح إلا أن يحكم روح التشريع فأقول وبالله التوفيق .

مما لا شك فيه أن احتمال إرادة الوطء من لفظ النكاح احتمال قريب جدا ومما لا شك فيه أيضا أن روح التشريع العام الاحتياط فى مسائل الأبضاع فإذا تعارض دليلان أحدهما يفيد الحل والآخر يفيد الحرمة ، وكانا متساويين ـ كمسألتنا هذه ـ رجح جانب الحرمة على جانب الحل .

وأنت ـ كذلك ـ تعرف أن روح التشريع العام تهدف إلى الستر فى أمر الزنى وعدم إشاعته لذلك فإنى أميل إلى الفتوى برأى الحنفية ومن معهم إن كان الزنى سابقا على الزواج أخذا بالاحتياط كما أميل إلى الفتوى برأى الشافعية ومن معهم إن كان له لاحقا له ، ولا سيما أن عقد النكاح أفاد الحل يقينا فلا أحكم برفعه بأدلة مشكوك فيها ، والاستصحاب طريق من طرق الاستدلال فالحل كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك ، ولا سيما إن فى فسخ الزوجية القائمة

بهذا السبب هدما لبيت الزوجية وتشتيتا لأسرة قائمة وغالبا ما يؤدى إلى الفضيحة وإشاعة الفاحشة .

وبالأخذ بهذا الرأى تتقارب مسافة الخلف بين الأقوال ، وهذا الرأى - كما علمت - رواية عن الإمامية ، والمسألة - كما ترى - شائكة ، ولعله يظهر فيما بعد رأى أصح من هذا ، والله ولى التوفيق .

منشأ الخلاف :

مما تقدم يتبين لك أن منشأ الخلاف فى هذه المسألة يرجع :

أولا : إلى عدم اتفاقهم على تحديد مفهوم لفظ النكاح الوارد فى قوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » .

وثانيا : إلى اختلاف الآثار الواردة فى هذا المقام وعدم اتفاقهم على تصحيح بعضها .

وثالثا إلى تضارب الأقيسة ، وعدم اتفاقهم على تحديد مناط التحريم ، أهو الوطء من حيث هو وطء ، أم الوطء بقيد كونه حلالا ؟ .

تذييل فى بيان أحكام مقدمات الوطء :

مقدمات الوطء إما تقبيل أو مس أو نظر بشهوة ، والبحث فى أحكام هذه المقدمات من حيث ثبوت حرمة المصاهرة بها ليس قاصرا على الوطء الحرام ، بل يتناول الوطء الحلال والحرام ، والكلام فى هذه المسألة يعتبر جوابا على سؤال صورته هكذا :

هل تثبت حرمة المصاهرة بهذه الأمور الثلاثة كما تثبت بالوطء ، بصرف النظر عن كونه حلالا أو حراما ؟ .

وللإجابة على هذا السؤال لا بد من تقرير أمور متفق عليها :

أولا : لا خلاف بين أحـد من العلماء أن اللمس والتقبيل والنظر إلى المرأة أجنبية كانت أو حلالا إن كان من غير شهوة لا يثبت به تحريم مصاهرة .

ثانيا : لا أعلم خلافا بين أحـد من العلماء أن النظر إلى الوجه والكفين تثبت به حرمة المصاهرة ولو كان بشهوة .

ثالثا : لا أعـلم خلافا بين العلماء أن النظر إلى المرأة فى مرآة أو ما فى معناها كصفحة الماء ولو كان بشهوة لا تثبت به حرمة المصاهرة .

بقى الكلام على اللمس والتقبيل والنظر المباشر إلى المرأة بشهوة أتثبت به حرمة المصاهرة ؟ .

اختلف العلماء فى ذلك على مذاهب :

المذهب الأول : أن هذه الأمور الثلاثة لا تثبت بها حرمة المصاهرة ، وهو الأظهر من مذهب الشافعى ، وهو مذهب ابن عباس رضى الله عنهما ، فقد ورد عنه أنه قال : « لا يحرم الربيبة الإجماع أمها » ، وبه قال طاووس وعمرو بن دينار ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى فى شأن الربيبة : « وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » ، وهذه الأمور الثلاثة ليست دخولا ، فلا يجوز ترك النص الصريح من أجله ، وأيضاً فإن هـذه الأمور ليست فى معنى الوطء ، فإنه لا يجب بها اغتسال ، ولا يستقر بها مهر ، ولا يثبت بها إحصان ، ولا يفسد بها إحرام ولا صوم .

المذهب الثانى : أن هـذه الأمور الثلاثة تثبت بهـا حرمة المصاهرة متى كانت بشهوة ، حتى ولو كان المس بحائل يمنع حرارة الجسم أو كان النظر إلى غير الفرج متى كان لغـير الوجه واليدين ، وهـذا مذهب مالك والقاسمية والناصرية من الزيدية ، وهو قول بعض الحنابلة ، واستدلوا على ذلك بقوله

صلى الله عليه وسلم : « من نظر إلى فرج امرأة حرم عليه ابنتها » وقد تقدم ما فى هذا الحديث من كلام فى سنده ، واللمس والقبلة فيه معنى النظر وزيادة ؛ ولأن هذا فيه معنى التلذذ والاستمتاع فتعلق به التحريم كالوطء .

ومما ينبغى الالتفات إليه أن هذه الأمور الثلاثة لا يثبت بها شىء فى الأجنبية عند هؤلاء ، لأن الوطء الحرام لا يثبت به تحريم عندهم ، فمن باب أولى مقدماته ، ويظهر أثره فى تحريم الربيبة أو أصول وفروع أمته التى باشرها أو نظر إليها بشهوة أو المعقود عليها عقدا فاسداً أو بشبهة من جانبه بأن زفت إليه غير زوجته فقبلها أو نظر إلى غير وجهها وكفيها بشهوة .

المذهب الثالث : إن هذه الثلاثة تنشر التحريم متى كان اللمس أو التقبيل بغير حائل أو بحائل لا يمنع حرارة الجسم أو كان النظر إلى الفرج الداخل وهذا مذهب أبى حنيفة والإمامية وهو المروى عن عمر وابنه وعبد الله ابن عمرو وعامر بن ربيعه وهو بدرى وعبد الله بن مسعود والحسن ومجاهد ومكحول وحماد بن سليمان ، وهو مروى كذلك عن أحمد واستدلوا على ذلك بالحديث المتقدم ذكره ـ آنفا ـ وبأن اللمس والقبلة أبلغ من النظر ، وأيضا فإن المعروف عن الشارع أنه يقيم الظن مقام اليقين فى أكثر الأحكام فكذا هذا .

ومما ينبغى الالتفات إليه أن الحنفيه والحنابلة يرون ثبوت حرمة المصاهرة بالزنى ، فكذلك مقدماته تثبت بها حرمة المصاهرة

هذا وقد نقل الجوزجانى عن الإمام أحمد قولا كالمذهب الأول من أنه لا تثبت حرمة المصاهرة إلا بالوطء .

المذهب الرابع : التفرقة بين اللمس بشهوة والنظر بشهوة فإن الأول يأخذ حكم الوطء دون الثانى ، وهذا قول الشافعى وأكثر أهل العلم أخذاً

بعموم قوله تعالى « وأحل لكم ماوراء ذلكم » ولأنه نظر من غير مباشرة فلم يوجب التحريم كالنظر إلى الوجه والكفين ؛ والفرق بين اللمس والنظر إن اللمس يأخذ حكم الوطء فى بعض الأحكام دون النظر ألا ترى لو تلذذ باللمس وهو محرم وجب عليه دم بخلاف مالو تلذذ بالنظر ، وكذا لو لمس فأنزل وكان صائما فإنه يفطر بخلاف مالو نظر فأنزل فإنه لا يفطر [1] .

* * *

هذا والترجيح فى فى هذه المسألة يعتمد على أمرين .

أولهما : صحة حديث « لعن الله من نظر إلى فرج امرأة وابنتها » وقد علمت فيما تقدم ما فى هذا الحديث من ضعف وإن كانت له طرق كلها ضعيفة يقوى بعضها بعضا ، ومما يؤكده عمل كثير من الصحابة بمقتضاه .

وثانيهما : أن هذه الأمور مقدمات للوطء ومظنة له ، وقد علم من تتبع أحكام الشرع أنه ـ كثيرا ـ ما يقيم الظن مقام اليقين .

وعلى هذا فالاحتياط فى أمر الأبضاع يقتضينا أن نرجح القول بأن هذه الأمور الأربعة تأخذ حكم الوطء ، فإن كانت مقدمة لوطء حلال أو فيه شبهة الحلال ثبت به التحريم عند الجميع .

وإن كانت مقدمة لوطء حرام قطعا ثبتت به حرمة المصاهرة عند من يقول بثبوتها بالزنى ، وقد عرفت ما اخترناه آنفا فأرجع إليه .

---

(١) تراجع الكتب الآتية شرح الزيلعى على الكنز جـ ٢ ص ١٠٦ ، ١٠٧ ، ١٠٨ ، وشرح المنهاج مع حاشيتى قليوبى وعميرة جـ ٣ ص ٢٤٥ ، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقى على متن خليل جـ ٢ ص ٢٥١ والمغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٤٨٦ ، ٤٨٧ ، ٤٨٨ ، وكتاب الخلاف للطوسى جـ ٢ ص ٦٦ ، ٦٧ ، والبحر الزخار جـ ٣ ص ٣٢ ، ٣٣ .

هذا وفى هذه المسألة تفريعات شتى فى جميع المذاهب ليس من موضوعنا ولا من واجبنا التعرض لها .

* * *

هذا ومما ينبغى الالتفات إليه أيضا أن تعلق التحريم باللمس والنظر عند من قال بذلك مشروط بكون المرأة ممن يشتهى مثلها ولو باعتبار الماضى ، فالصغيرة جدا لا يتعلق تحريم بلمسها أو تقبيلها أو النظر إليها ولو بشهوة لعدم صلاحيتها للوطء لأن من قال بالتحريم بنى قوله على أن هذه الأمور مقدمة للوطء ، وهذه ليست أهلاله ، بخلاف العجوز الفانية فإن الخلاف يجرى فيها على التفصيل المتقدم ذكره ، وذلك لأنها أهل للأشتهاء فى الجملة ولو باعتبار الماضى ولكل ساقطة لاقطة : والله أعلم بالصواب .

نكاح المتعة والنكاح المؤقت

نكاح المتعة هو أن يعقد على امرأة بلفظ اتمتع أو ما فى معناه ، وأن يحدد لهذا العقد مدة ، وأن يبين فيه أجرها على هذا الاستمتاع ، ولا يشترط فيه شهود .

وأما النكاح المؤقت : فهو العقد على المرأة بلفظ النكاح أو ما فى معناه مراعيا جميع شروط النكاح ، غاية الأمر أن يضرب لهذا النكاح اجلا .

ونكاح المتعة فاسد عند جمهور الفقهاء من الصحابة والتابعين وأصحاب المذاهب المعروفة قديما وحديثا ، خلافا للشيعة الإمامية ، والنكاح المؤقت ـ كذلك ـ اللهم إلا أن زفر من الحنفية قال بصحة العقد وفساد الشرط ، واستدل على ذلك بأنه نكاح عقد بحضور شاهدين ، وشرط فيه شرط فاسد فيصح العقد ويبطل الشرط ، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، فصار كما لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر مثلا .

وقول زفر هذا مردود ، لأن العبرة فى العقود بالمعانى لا بالألفاظ ، والتأقيت فى عقد النكاح يجعله فى معنى المتعة ، إذ لا معنى للمتعة غير التوقيت ألا ترى لو قال رجل لآخر وكلتك بعد موتى . فإن هذا يعتبر وصية ، ولو قال جعلتك وصيا فى حياتى ، فإن هذا يعتبر توكيلا ، إلى كثير من الأمثلة التى حكمنا فيها المعانى دون الألفاظ .

وإذا اعتبرنا المعانى دون الألفاظ كان النكاح المؤقت هو نكاح المتعة بخلاف ما لو شرط فى العقد أن يطلقها بعد شهر ، لأن اشتراط القاطع وهو الطلاق دليل على أن العقد نفسه انعقد مؤبداً بخلاف المؤقت فإنه لا يبقى بعد مضى المدة كالإجارة .

وهل لو اشترطا مدة لا يعيش مثلهما إليها يكون نكاحا مؤقتا ؟ الظاهر من مذهب الحنفية أنه مؤقت ، لأن التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد .

وروى الحسن عن أبي حنيفة « أنه إذا ذكرا مدة لا يعيش مثلهما إليها صح النكاح لأنه فى معنى المؤبد » . ولعل القول بالفساد سد للذرائع ، ولهذا فهو المختار من مذهب الحنفية [١] .

هذا وأكثر الفقهاء على عدم التفرقة بين النكاح المؤقت ونكاح المتعة .

ونكاح المتعة والنكاح المؤقت يعرفان عند الشيعة الإمامية باسم نكاح المتعة أو النكاح المنقطع أو العقد الصغير وله شروط عندهم أهمها أن تكون المرأة مسلمة أو كتابية فلا يجوز أن يستمتع بمجوسية أو وثنية ، وأن تكون خالية من زوج ومن عدته ، وأن يسمى المهر ولو بالمشاهدة ، والإخلال بذكر المهر مع ذكر المدة مفسد للعقد ويشترط فيه ـ عندهم ـ ذكر المدة ، والإخلال بذكرها مع ذكر المهر يجعله عقدا دائما [٢] . ولها عندهم ـ أحكام خاصة سيرد عليك ذكر بعضها عند مناقشة الأدلة ، وتفصيل أحكامها عندهم يرجع إليه فى كتب الفروع .

هذا وقبل الشروع فى تقرير المذاهب فى هذه المسألة أحب أن أقرر أن العلماء سلفا وخلفا على أن هذين العقدين كانا مشروعين فى صدر الإسلام ، وأنه كان يتمتع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، ثم وقع الخلاف فى نسخهما .

فذهب السواد الأعظم من الأمة سلفا وخلفا إلى أن الإباحة قد نسخت

---

(١) شرح الزيلعى على الكنز جـ ٢ صـ ١١٥ .

(٢) المختصر النافع فى فقه الإمامية صـ ١٨١ ، ١٨٢ ، ١٨٣ .

وأنهما محرمان إلى يوم القيامة ، لا يحلان فى ضرورة أو غيرها لا فى سفر ولا فى حضر .

ونقل عن ابن عباس رضى الله عنهما أنها رخصة كأ كل الميتة والدم ولحم الخنزير .

ونقل عنه أن إباحتها لم تنسخ ، وبهذا أخذ الشيعة الإمامية ، وقد روى مثل هذا عن جماعة من الصحابة والتابعين منهم ابن مسعود وجابر بن عبد الله ، وسلمة بن الأكوع وأبى سعيد الخدرى والمغيرة بن شعبة ، ومعاوية ابن أبى سفيان .

واستظهر ابن حجر فى فتح البارى أن من عدا ابن عباس لم يقل بها أو إن كان قال بها فقد ثبت الرجوع عنه ، كما استظهر أن ابن عباس لم يثبت عنه الرجوع عن القول بها وأن ظاهر قول ابن عباس أنها رخصة فى حالة الاضطرار ، وإن كان قد نقل عنه القول بإباحتها مطلقا [١] .

فتلخص عندنا ثلاثة آراء :

الأول : القول بنسخها وعدم إباحتها مطلقا .

الثانى : القول بأنها رخصة فى حالة الاضطرار دون الاختيار .

الثالث : القول بإباحتها مطلقا .

وإليك الأدلة على هذه الآراء ثم نذكر بعد ذلك ما هو المختار .

أدلة جمهور الأمة سلفا وخلفا القائلين بتحريمها .

استدلوا بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب ـ فأولا ـ قوله تعالى فى وصف المؤمنين والثناء عليهم

---

(١) فتح البارى شرح البخارى جـ ٩ من صـ ١٣٢ إلى صـ ١٣٩ ملخصا .

« والذين هم لفروجهم حافظون . إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون [١] » .

ووجه الاستدلال بهذه الآيات أن المتمتع بها ليست مما ملكت اليمين ، وهذا ظاهر ، وهى ـ كذلك ـ ليست زوجة ، وذلك لأنها ـ حتى عند القائلين بإباحتها ـ لا ترث ولا تورث ، ولا تطلق ، ولا ينتقص بها العدد المباح نكاحه ، وهو الأربع ، إذ يجوز أن يتمتع بأكثر من أربع فى آن واحد ، وأيضا فإن عدتها ليست كعدة الزوجات فإن عدتها عند من يقولون بإباحتها حيضتان لذوات الحيض ، وخمسة وأربعون يوما لغير ذوات الحيض إن كانت محل ارتياب لأن تحمل فظهر من ذلك كله أنها ليست زوجة .

وإذا لم تكن زوجة ولا مملوكة كان التمتع بها عدوانا على حدود الله تعالى وكان من الذين وصفهم الله بقوله : « فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون » .

وثانيا قوله تعالى « وإن خفتم إلا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ماملكت أيمانكم [٢] » .

ووجه الاستدلال بهذه الآية إن الله سبحانه ـ جعل الاقتصار على واحدة أو التمتع بما ملكت اليمين مخلصا من تعدد الزوجات فلو كانت المتعة مباحة لذكرها كذلك ، ولا سيما أن القائلين بها يرون أن المتمتع بها لا حق لها فى القسم بل ولا فى النفقة ـ كما تقدم ـ والاقتصار فى مقام البيان يدل على الحصر كما هو مقرر عند الأصوليين .

---

(١) سورة المؤمنون ، الآيات ٥ ، ٦ ، ٧ ، وقد وردت هذه الآيات فى وصف المصلين والثناء عليهم فى سورة المعراج فى الآيات ٢٩ ، ٣٠ ، ٣١

(٢) سورة النساء الآية ٣ .

وثالثا : قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذٰلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين [١] » .

ووجه الاستدلال بهذه الآية أن النكاح الذى أحله الله لنا أن يبتغى ببذل المال الإحصان والعفة وإقامة صرح الزوجية لا مجرد سفح ماء الشهوة وإطفاء الغلمة ، ولا شك أن نكاح المتعة لا يراد به إقامة صرح الزوجية والركون إلى امرأة يسكن إليها وتسكن إليه ، بل كل ما يربطه بها إنما هو قضاء وطره ، وإطفاء نار شهوته ، ولا معنى للسفاح إلا هذا ، فالمتمتع مسافح لا محصن نفسه من الزنى ألا ترى أن الرجل الذى تمتع لا يجرى عليه أحكام المحصنين من رجمه إذا زنى ، وهذا دليل على أنه لا يعتبر محصنا بهذا النوع من النكاح حتى عند القائلين بإباحته .

وأما السنة فأحاديث كثيرة مستفيضة استفاضة لا نغالى إن قلنا إنها بلغت مبلغ التواتر ، وسنذكر بعضها على سبيل التمثيل لا الحصر .

أولا : ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال لابن عباس إن رسول الله صلى الله عليه وسلم « نهى عن نكاح المتعة ، وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر » وهذا الحديث متفق عليه .

وثانيا : ما روى عن سلمة بن الأكوع قال : « رخص لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى متعة النساء عام أوطاس ثلاثة أيام ثم نهى عنها » رواه مسلم .

وثالثا : ما روى عن سبرة الجهنى أنه غزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى فتح مكة قال : « فأقمنا بها خمسة عشر ، فأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم

---

(١) سورة النساء من الآية ٢٤ .

فى متعة النساء ، إلى أن قال : فلم أخرج حتى حرمها رسول الله صلى الله عليه وسلم » وفى رواية أنه كان مع النبى صلى الله عليه وسلم فقال : « يأيها الناس إنى كنت أذنت لكم فى الاستمتاع من النساء ، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شىء فليخل سبيله ، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا » رواه أحمد ومسلم ، وفى لفظ عن سبرة قال : « أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة ، ثم لم نخرج منها حتى نهانا عنها » رواه مسلم ، وفى رواية عنه : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع نهى عن نكاح المتعة » رواه أحمد وأبو داود [1] .

فهذه الأحاديث ـ وغيرها كثير وكثير ـ تدل على نسخ إباحتها ، وألفاظ الأحاديث وإن كانت مختلفة إلا أن هناك معنى متفقا عليه ، وهو نهيه صلى الله عليه وسلم عنها بعد أن كانت مباحة .

وإن كان هناك اضطراب فى ذكر زمن النسخ فسنبين ـ إن شاء الله تعالى ـ فى نهاية هذا البحث دفع هذا التناقض بما يشرح قلبك ويثلج صدرك .

وأما الإجماع فقد ثبت أن عمر رضى الله عنه أعلن على ملأ من الصحابة تحريمها ، ووعد فاعلها بالعقاب الشديد ، ولم ينكر عليه منكر منهم ، وهم الذين وصفهم الله تعالى بأنهم أشداء على الكفار رحماء بينهم ، فكيف يقبلون من عمر مهما ارتفع قدره أن يفتات على الله ورسوله ، ويشرع حكما بهواه ، بل ينقض حكما حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وها هو يعلن أن هذا التحريم من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا اجتهاد منه . فقد أخرج

---

(١) من أراد استيعاب الأحاديث التى وردت فى المتعة فليرجع إلى كتاب نيل الأوطار جـ ٦ من ص ١٣٢ إلى ص ١٣٨ ، وكتاب فتح البارى شرح صحيح البخارى جـ ٩ من ص ١٣٢ إلى ص ١٣٨ .

ابن ماجه من طريق أبى بكر بن حفص عن ابن عمر قال : لما ولى عمر خطب فقال : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن لنا فى المتعة ثلاثا ثم حرمها .

وأخرج ابن المنذر والبيهق من طريق سالم بن عبد الله بن عمر عن أبيه قال : صعد عمر المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : ما بال رجال ينكحون هذه المتعة بعد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها [١] .

فهذا الإعلان من عمر لنهى الرسول صلى الله عليه وسلم عنها من غير تكبر يعتبر إجماعا سكوتيا .

ولقد كان على ـ وهو الإمام الأول عند الإمامية ـ حاضراً ولم ينكر عليه ، وتقريره عندهم يعتبر حجة ملزمة ، فإنه معصوم حتى عن الخطأ فى الاجتهاد عندهم ، ولا سبيل إلى التمسك بأنه إنما سكت تقية ، لأن التقية إن أمكن التجوز بقبولها فى الأمور السياسية ، فلا يعقل أن نقبلها فى الأمور التشريعية البحتة ، وإلا هدمنا الدين من أساسه .

كيف وقد صرح على باستنكاره لقول ابن عباس فى شأنها فى أحاديث كثيرة لا مجال لإنكارها لصحة أسانيدها وتعدد طرقها ، ولنذكر على سبيل التمثيل لا الحصر بعض هذه الطرق ، فقد روى البخارى بسنده عن الحسن وأخيه عبد الله ابنى محمد بن على عن أبيهما محمد (الشهير بابن الحنفية) أن عليا رضى الله عنه قال لابن عباس إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر .

وفى مسلم من طريق جويرية عن مالك بسنده أنه سمع على بن أبى طالب يقول لفلان إنك رجل تائه .

---

(١) يراجع فتح البارى ج ٩ ص ١٣٧

وفى رواية الدارقطنى من طريق الثورى أن عليا قال لابن عباس « أنك امرؤ تائه » .

وفى رواية أخرى لمسلم أن عليا قال لابن عباس وقد سمعه يلين فى متعة النساء فقال له « مهلا يابن عباس »[1] .

فعلى رضى الله عنه لم يكتف بتقريره لعمر على نهيه عنها (وهذا على زعمهم كاف فى الاحتجاج) بل أعلن أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عنها وأنكر على ابن عباس مع أنه حواريه .

ثم إن الإمامية القائلين ببقاء إباحتها جعلوا الإجماع أصلا من أصول التشريع ، وعرفوا الإجماع بأنه اتفاق طائفة من الأمة على رأى يكشف عن رأى المعصوم .

وها هو المعصوم وهو الإمام الأول على رأيهم قد أعلن رأيه أفلا يكفى هذا فى الاحتجاج على حرمتها ؟!!

(أدلة القائلين بأنها رخصة فى حالة الاضطرار) .

وممن كان يقول بذلك ابن مسعود وسهل بن سعد وأبو ذر رضى الله عنهم ، وروى مثل ذلك عن ابن عباس .

فقد روى البخارى بسنده عن ابن مسعود أنه قال : كنا نغزو مع رسول الله صلى عليه وسلم وليس لنا شىء فقلنا : ألا نستخصى فنهانا عن ذلك ثم رخص لنا أن ننكح (أى نكاح متعة) المرأة بالثوب ثم قرأ علينا « يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم[2] » .

(١) يراجع فتح البارى جـ ٩ ص ١٣٢ .

(٢) متن البخارى على هامش فتح البارى جـ ٩ ص ٩٤ يراجع الشرح كذلك

وأخرج ابن عبد البر حديثا عن سهل بن سعد بلفظ إنما رخص النبي صلى الله عليه وسلم فى المتعة لعزبة كانت بالناس شديدة ثم نهى عنها [١] .

وأخرج البيهقى بسنده عن أبى ذر رضى الله عنه بإسناد حسن إنما كانت المتعة لحربنا وخوفنا .

وروى البخارى بسنده عن أبى حمزة قال : سمعت ابن عباس يسأل عن متعة النساء فرخص فيها فقال له مولى له إنما ذلك فى الحال الشديد وفى النساء قلة أو نحوه فقال : نعم .

فهؤلاء فهموا من تشريعها أنها تشريع ضرورة لا تشريع دائم بما لمسوه من قرائن وأمارات عندهم .

أدلة المبيحين لها :

استدلوا - كذلك - بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فقوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين ، فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة [٢] » .

وجه الاستدلال بهذه الآية على مطلوبهم من وجوه .

الأول أن قوله تعالى « أن تبتغوا بأموالكم » يتناول من ابتغى بماله الاستمتاع بالمرأة على سبيل التأبيد ومن ابتغى بماله الاستمتاع بالمرأة على سبيل التأقيت ، وإذا كان كل واحد من القسمين داخلا فيه كان قوله تعالى « وأحل لكم ما وراء ذلكم » يقتضى حل القسمين ، وذلك يقتضى حل المتعة وهو المطلوب .

الثانى أن هذه الآية مقصورة على بيان نكاح المتعة ، وذلك لما روى

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٣٥ . (٢) سورة النساء من الآية ٢٤ .

أن أبي بن كعب كان يقرأ : « فما استمتعتم به منهن إلى أجل مسمى فآتوهن أجورهن » ، وهذه القراءة وإن لم تكن متواترة إلا أن الصحابة ما أنكروها عليه فدل ذلك على صحتها لأنها ـ وإن لم تكن قرآنا ـ فلا أقل من أنها تفسير عن توقيف ، فثبت المطلوب .

الثالث : أن المذكور فى الآية الأمر بإتيانهن أجورهن بعد الاستمتاع بهن ، وهذا لا يكون إلا فى نكاح المتعة ، وأما فى النكاح المطلق فإن أصل المهر ثبت بالعقد ، ويلزم نصفه بالتطليق قبل الدخول .

ومجرد العقد بدون دخول حقيقى لا يكون استمتاعا .

الرابع : لو حملنا هذه الآية على بيان حكم النكاح المطلق وهو المؤبد للزم تكرار بيان حكم واحد فى سورة واحدة فى آيات متقاربة ، لأن الله سبحانه قال فى أول السورة « فانكحوا ماطاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع[1] » .

وأوجب دفع المهر بقوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة[2] » بينما لو حملنا الآية على حكم نكاح المتعة كان حكما جديداً ، فيكون تأسيسا ، والتأسيس خير من التأكيد[3] .

وأما السنة : فقد ثبت فى أحاديث كثيرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أباحها فى بعض الغزوات كغزوة خيبر وغزوة الفتح ، بل ورد الإذن

---

(١) سورة النساء من الآية ٣ .

(٢) سورة النساء من الآية ٤ .

(٣) هذه الوجوه من الاستدلال أوردها الفخر الرازى فى تفسيره الكبير جـ ٣ ص ١٩٥ ، ١٩٦ ولم أجد أحدا أورد وجوها لتأييد رأى الإمامية مثله حتى الإمامية أنفسهم .

فى غير هاتين الغزوتين ، ومن ذلك ما روى مسلم فى صحيحه عن جابر : « كنا نستمتع بالقبضة من التمر والدقيق على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم » .

وأما الإجماع فقد أجمعت الأمة على أنها كانت مباحة ، ودعوى النسخ ظنية لا تعارض الدليل القاطع ، ولا سيما إن الروايات التى روت النسخ مضطربة فطورا قيل إن النسخ كان بخيبر وآونة فى غزوة الفتح ، وأخرى فى غزوة أوطاس ، وأخيرا قيل إنها فى حجة الوداع ، بل قيل إن النسخ كان فى غزوة تبوك وقيل إنه كان فى غزوة الحديبية ، فكيف ندع أمراً متفقا عليه لأمر مضطرب فيه .

مناقشة أدلة الجمهور :

أما الآية الأولى وهى قوله تعالى « والذين هم لفروجهم حافظون » الخ فيرد عليها أن هذه الآيات لم ترد إلا فى سورتى « المؤمنون والمعراج » وكلتاهما مكية ، والمتعة إنما أبيحت فى الغزوات بعد الهجرة .

وكل محاولة لدفع هذا الاعتراض أعتقد أنها محاولة فاشلة ، وإذا كان بعض السلف استشهد بها على حرمة المتعة فهو اجتهاد منه ، ولسنا بملزمين به .

وأيضا لو كانت هذه الآيات حجة فى هذا الموضوع للزم على ذلك أن من فعل المتعة من الصحابة ـ حينما كانت مباحة ـ كان من العادين .

ولعل الذين استدلوا بها على حرمة المتعة نظروا إلى أنه بعد نسخ إباحتها أصبح الإذن بها غير ذى موضوع ، وبقيت هذه الآيات بلا معارضة .

وأما الآية الثانية وهى قوله تعالى « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم » .

فيمكن أن يرد عليها أن تشريع المتعة كان من التشريعات التى شرعت

بالسنة لا بالكتاب ، وأن الأخذ بها مشروع لقوله تعالى « وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا [١] » .

ومما لا شك فيه أن هذا التشريع وقع فعلا ، ولعل السر فى أن الله سبحانه لم يجعل نكاح المتعة مخرجا من خوف الظلم عند تعدد الزوجات ، لأنه كان تشريع ضرورة مؤقت لا تشريع اختيار دائم .

وأما الآية الثالثة وهى قوله تعالى « وأحل لكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين » فرد عليها أن السفاح هو الزنى ، وأن المتعة بعد أن أبيحت لا تكون زنى ، وإلا لزم على ذلك أن الصحابة الذين تمتعوا كانوا زناة ، وهذا ما نبرىء ساحتهم المطهرة عنه ، فقد كانوا خير أمة أخرجت للناس ، وقد سأل عمارة مولى الشريد ابن عباس رضى الله عنهما عن المتعة أسفاح هى أم نكاح فقال « لا نكاح ولا سفاح ، قلت فما هى قال « المتعة كما قال الله تعالى » الخ وقد روى هذا ابن عبد البر [٢] ، فقد تبين أن ابن عباس وهو إمام القائلين بها جعلها وسطا بين النكاح والسفاح .

وقد ثبت عن جمهرة من الصحابة ـ رضوان الله تعالى عليهم ـ أنهم فعلوها وحاشا أن يكونوا مسافحين .

مناقشة أدلة المبيحين لها :

إن الآية التى تعلق بها الإمامية لا متمسك لهم بها لما يأتى :

أما الوجه الأول : وهو أن الابتغاء بالمال يتناول النكاح المطلق ونكاح المتعة فإن هذا ممنوع ، وذلك لأن سياق الآية ولحاقها فى أمر النكاح .

---

(١) من الآية ٧ من سورة الحشر .

(٢) نيل الأوطار ج ٦ ص ١٣٥ .

فإن السورة من أول قوله تعالى « وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع إلى هذه الآية تتحدث عن النكاح المطلق ، وبعد هذه الآية قوله تعالى « ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات (١) » ، تتحدث أيضا عن النكاح المطلق ، وهو النكاح المؤبد لأنه المتبادر عند الإطلاق ، وبدليل تحديد العدد بأربع وثبوت توريثها منه وتوريثه منها كما يدل على ذلك قوله تعالى « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين (٢) » .

وأيضا فإن نكاح الأمة ليس ممنوعا مع طول المحصنة المؤمنة تمتعا ، فبان أن الكلام من أوله إلى آخره إنما هو عن النكاح المؤبد ، ولو كان الكلام فى هذه الآية خاصا بنكاح المتعة لكان كلاماً منقطعا عما قبله وعما بعده .

ولئن سلم جدلا أن الآية خاصة بنكاح المتعة فإن هذا لا يدل على أن هذا الحكم ما زال باقيا ، وما المانع أن يكون قد نسخ كما نطقت بذلك الأحاديث والآثار المستفيضة المشهورة .

وأما الوجه الثانى الذى تمسكوا به وهو قراءة أبى بن كعب فلا متمسك لهم بها ، وذلك لأنها قراءة غير متواترة فلم تكن قرآنا .

وإن هذه القراءة : إن صحت عنه ـ فلا تعد وأن تكون تفسيرا وهذا

---

(١) سورة النساء الآية ٢٥ .

(٢) سورة النساء الآية ١٢ .

التفسير أما أن يكون عن توقيف أو عن اجتهاد فإن كان الأول فغايتة أنها كانت مشروعة ، وهذا لا ينفى أنها نسخت بعد ذلك وأما إن كان هذا التفسير عن اجتهاد منه فلا يكون رأيه ملزما لنا ولا سيما أن السواد الأعظم من الصحابة على خلاف رأيه .

وأما الوجه الثالث وهو أن وجوب الأجر يكون بعد الاستمتاع ، وهذا لا يكون إلا فى المتعة إلى آخر ما قالوه فالرد عليه أن المهر لا يتقرر بنفس العقد بل يتقرر بالدخول أو ما يقوم مقامه من خلوة صحيحة وهذا هو الاستمتاع ، ألا ترى أنه لو وقعت فرقة قبل الدخول من قبلها أن مهرها يسقط كله ، وبعد الدخول وهو الاستمتاع لا يسقط منه شيء ولو كانت الفرقة من قبلها .

فبان من ذلك أن تقرر المهر إنما هو بالاستمتاع . وأما وجوب نصف المهر بالطلاق قبل الدخول فقد ثبت بدليل آخر لولاه لقلنا بسقوطه وهذا الدليل هو قوله تعالى « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم »[١] .

فبان أن آية النساء ليست دليلا على إباحة المتعة .

هذا والقرآن عبر فى أكثر من موضع على تسمية المهر أجراً ومن ذلك قوله تعالى « يأيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللآتى آتيت أجورهن »[٢] .

وبدهى أن النبي صلوات الله وسلامه عليه لم يتمتع ، وأن أزواجه كلهن كن زوجات دائمات .

---

(١) سورة البقرة الآية ١٢٧ . (٢) سورة الأحزاب الآية ٥٠ .

ولعل السر فى التعبير عن المهر بالأجر إشعار الأزواج أنهم لم يملكوا من النساء رقابهن بما بذلوه من مال بل هـو فى نظير استمتاعهم بهن وهـذا لا يدل بأى حال على إباحة المتعة .

وأما الوجه الرابع وهو أن حمل الآية على نكاح المتعة يكون تأسيسا بينما حملها على النكاح المؤبد يكون تأكيداً والتأسيس خير من التأكيد إلى آخر ما قيل فيجاب عنه أولا بالمنع ، وذلك لأن فى هذه الآية حكما جديداً وبيان ذلك أن قوله تعالى « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شىء منه نفساً فكلوه هنيئا مريئا » قد بينت حكم ما إذا تنازلت المرأة عن شىء من صداقها لزوجها عن طيب نفس منها ، ولم تتعرض الآية لحكم ما إذا زاد الرجل للمرأة فى صداقها من غير اشتراط منها ، فجاءت الآية الأخيرة ، وهى قوله تعالى « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة » مبينة أن أمر المهر بين الزوجين مبنى على تراضيهما فلهما أن يزيدا فيه وأن يحطا منه حتى بعد وجوبه واستقراره بالاستمتاع ، فكانت هذه الآية مفيدة لحكم جديد لم تتعرض له الآيات السابقة .

وثانيا : لو سلمنا جدلا أن هذه الآية لم تأت بحكم جديد فلا نسلم أن الأسلوب القرآنى يأبى أن يكرر الحكم الواحد أكثر من مرة ، فى السورة الواحدة وفى موضعين متقاربين ولا سيما إذا كان الحكم المكرر حكما له شأنه كمسألتنا هذه فإنه مما لا شك فيه أن النكاح من الأحكام الرئيسية ، وأن طلب إعطاء المرأة مهرها وأن لا يبتغى بالمال إلا الإحصان لا المسافحة أمر هام ينبغى لفت الأنظار إليه ، ولا سيما أن النفوس شحيحة بالمال ، وربما طمعت فى مهر المرأة فلفت الله ـ سبحانه ـ أنظار الأزواج إلى وجوب

اتيانهن مهورهن ، ولا سيما بعد الاستمتاع بهن وقضاء الوطر منهن ، وهذا قريب من قوله تعالى « وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا [١] » .

وبهذا تبين لنا أنه لا متمسك للمبيحين بهذه الآية ، وأنها ليست نصا فى المسألة كما قال بعض المتعصبين .

وبما سبق بيانه تبين لنا أنه لا حجة للمبيحين ولا للمانعين بآية من كتاب الله تعالى ، وليس فيه نص على إباحتها أو تحريمها ، والكلام كله يجب أن ينحصر فى إثباتها أو نفيها من السنة .

ومما لا جدال فيه ـ أيضا ـ أنها قد ثبتت إباحتها فى بعض الغزوات ، وأن هذه الإباحة كانت إباحة ضرورة ، فإن الأخبار المستفيضة فى هذا الموضوع ناطقة بأنها كانت للخوف والفقر وطول العزبة ، وقد مر بك بعض هذه الأخبار .

بقى ما استدل به الإمامية من أن الإباحة ثبتت بيقين وأن النسخ غير مجمع عليه بل اضطرب القول فيه ، فلا ندع أمراً مجمعا عليه إلى أمر مختلف فيه .

هذه الشبهة وإن بدت فى ظاهرها قوية إلا أنه عند التحقيق يتبين لنا ضعفها ، وذلك لأن الكلام ليس فى أصل إباحتها حتى يقال إن الإباحة ثابتة بيقين ، بل الكلام إنما هو فى بقاء هذه الإباحة ، وهذا غير مجمع عليه كما ترى بل إن الذين رووا الإباحة من الصحابة هم أنفسهم الذين رووا نسخها وتحريمها ، فلماذا نصر على الأخذ بقولهم بالإباحة ، ولا نأخذ بقولهم فى التحريم وإذا كان بعض الصحابة بقى على القول بإباحتها فإنه كان محل نقد

(١) سورة النساء الآية ٢١ .

وإنكار من باقيهم ، وأنه لم يبق أحد ممن نقل عنه القول بإباحتها على قوله هذا إلا ابن عباس رضى الله عنهما بل نقل عنه أيضا القول بالرجوع عنها ، إن كان الصحيح أنه بقى على القول بإباحتها للضرورة فقط ، فهل ندع قول الصحابة جميعا ومنهم على بن أبى طالب رضى الله عنه *لنأخذ بقول ابن عباس مع إنكار* على لقوله كما سبق نقله .

ومن المعروف أن من أصول الإمامية القول بعصمة أئمتهم حتى عن الخطأ فى الاجتهاد ، وأنه إذا اختلف الصحابة وكانوا جميعا فى صف وعلى وحده فى صف فالقول عندهم قول على فما بالهم يتركون قول على إلى قول ابن عباس مع إنكار على له ؟ بل قد ثبت أن جعفرا الصادق قال فى المتعة (هى الزنى بعينه) كما رواه عنه البيهقى [1] .

بقى الكلام على دفع ما قد قيل إن فى نقل النسخ اضطرابا وإليك دفع هذا الاعتراض بما يشرح صدرك ، ويثلج قلبك ، ويريح ضميرك ، ويرشدك إلى الحق إن كنت ممن يطلب الحق .

إن المتتبع لهذا الموضوع من مصادره يجد أن الناقلين لتحريم المتعة قالوا : إنها حرمت فى خيبر وفى عمرة القضاء وفى غزوة الفتح وفى أوطاس ، وفى تبوك وفى حجة الوداع ، فهذه ستة أزمنة وأمكنة قيل أن النسخ وقع فيها ، فإذا أسقطنا من حسابنا عمرة القضاء وغزوة تبوك لعدم صحة الأخبار فيها من ناحية السند بقى معنا أربعة أزمنة وأمكنة ، هى خيبر والفتح وأوطاس وحجة الوداع .

والذى تنطق به الأحاديث والأخبار المستفيضة المشهورة أن النهى كان فى خيبر لما زال سبب الإباحة وذلك لأنه لما كثرت السبايا فى أيديهم نهى

---

(١) فتح البارى ج ٩ ص ١٣٨ .

عنها ولم يرد فى خبر من الأخبار أن النهى كان نهى تأييد بل الوارد أنه كان نهيا معللا بعلة هى كثرة السبايا وعدم الحاجة إلى التمتع ، ثم أبيحت فى غزوة الفتح لوجود مقتضاها وحرمت فيها تحريم تأييد كما نطقت بذلك الأحاديث الصحيحة المشهورة ، وأما القول بأن التحريم كان فى أوطاس فلابنا فى أنه كان فى غزوة الفتح ، وذلك لأن أوطاس ضاحية من ضواحى مكة وكانت غزوتها تعتبر من متممات غزوة الفتح على أن الرواية الواردة ، فى أوطاس صريحة أن التحريم لم يكن بأوطاس نفسها بل الروايات كلها تقول : إن التحريم كان عام أوطاس ، ولا شك أن أوطاس والفتح كانا فى عام واحد فإن الفتح تم فى رمضان وأوطاس فى شوال فهما فى عام واحد فلا تعارض بين الروايتين ، وأما ما قيل أن التحريم كان فى حجة الوداع فذلك على معنى أن الرسول صلى الله عليه وسلم قرر هذا التحريم الثابت يوم الفتح فى حجة الوداع كما قرر أكثر التشريعات الثابتة من قبل كتحريم الربا والأموال والدماء والأعراض .

وبهذا تبين أنه لا اضطراب بين الأخبار فالنسخ المؤبد وقع فى الفتح دون ما قبله أو بعده .

الرأى المختار :

مما تقدم تبين لنا بوضوح :

أولا : أن تشريع المتعة كان تشريع ضرورة وأنها لم تكن مباحة فى حال الاستقرار والسعة .

ثانيا أن هذه الرخصة قد زالت بالنص على تحريمها إلى يوم القيامة .

ثالثا : أن تحريم عمر لها لم يكن عن اجتهاد منه بل عن توقيف ونص

من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد بينا هذا بما نقلناه من الأخبار الصحيحة عنه .

رابعا : أن أئمة أهل البيت ثبت عنهم إنكارها فقد أورد نالك ما نقل عن علي ، وعن جعفر بن محمد ، وقولهما حجة عند الإمامية .

خامسا : أن على فرض التسليم بوجود أخبار متعارضة فى هذا الموضوع وقد تبين لك أنه لا تعارض ـ فإن الاحتياط فى أمر الأبضاع والأعراض تقتضينا القول بالتحريم .

هذا وإن المجتمع الذى يدين بإباحتها يضج عقلاؤه من سوء عواقب هذا النكاح ، ولذلك لا ترى إماميا له شرف ومكانة يقبل أن يُتمتع بابنته أو أخته وما ذلك إلا لما استقر فى الصدور من قبحه وسوء مغبته وعاقبته .

وفيما قررناه مقنع لمن إراد الاقتناع ، وأما المعاند فلا تقنعه الحجة وإنما إقناعه بأسلوب آخر

والله ولى التوفيق ؟

« مبحث فى نـكاح المحلل »

(١) أجمع الفقهاء على أنه إذا طلقت المرأة ثلاثاً ثم انقضت عدتها فتزوجت زوجاً آخر بنكاح صحيح عن رغبة منهما ودخل بها دخولا كاملا وتمتع بها كما يتمتع الرجل بزوجته ثم مات عنها أو طلقها أو فسخ نكاحها ثم انقضت عدتها فإنها تحل لزوجها الأول ، ولا إثم على الزوج الأول ولا الثانى ولا المرأة والأصل فى هـذا قوله تعالى : « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » [1] . ثم قال بعد ذلك « فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا إن ظنا أن يقيما حدود الله وتلك حدود الله يبينها لقوم يعلمون » [2] .

والآية وإن كانت لم تتعرض لموت الزوج الثانى إلا أن الموت إنهاء للنكاح القائم وهو أقوى فى هذا المعنى من الطلاق .

ومثل الطلاق الفسخ لأنه مثله إن لم يكن أقوى منه فى رفع عقدة النكاح فـكان ثبوت التحليل بالمـوت والفسخ بما يسمى بدلالة النص عنـد الحنفية أو يسمى بمفهوم الموافقة أو القياس الجلى عند غيرهم .

وحكمة مشروعية الزواج الثانى بعـد الطلاق الثلاث أن الشارع جعـل الطـلاق ثلاثاً ليتدارك كل من الزوجين أسباب الشقاق بينهما ويصلحا من نفسيهما حتى يكوّنا بيتاً صالحاً مستقراً فإذا وقع الطلاق الثالث فقـد استبان تعذر استقرار الحياة الزوجية بينهما ، وكان من الخير أن يباعد بينهما ، فإن

---

(١) من الآية ٢٢٩ من سورة البقرة .

(٢) الآية ٢٣٠ من سورة البقرة .

تزوجت المرأة بغيره وعاشرته معاشرة الأزواج انكشف لها نوع جديد من طباع الرجال ، واستطاعت أن تقارن بين زوجها الأول وزوجها الثانى ، فإن كان سبب الفشل من جانبها هذبت من طباعها فإن رجعت إلى الأول رجعت إليه بخلق غير خلقها الأول ، وحرصت على ألا تغضبه مرة أخرى ، وإن كان العيب من الزوج كان فى زواجها من غيره تأديباً له ، فيعود إليها بخلق غير خلقه الأول ، وبهذا تستقر الحياة الزوجية ، وتزول أو تقل — على أقل تقدير — عوامل الشقاق والنفور بين الزوجين .

وهذا لا يكون إلا إذا كان الزواج الثانى ، والعودة إلى الزوج الأول مبنيين عن رغبة فى استقرار الحياة الزوجية .

(٢) وأما اشتراط دخول الزوج الثانى بالمطلقة ثلاثا دخولا كاملا فهو مذهب جمهور الأمة وشذ سعيد بن المسيب وبشر المريسى وداود الظاهرى فقالوا بالاكتفاء بالعقد ونسب صاحب فتح القدير هذا القول للشيعة ولم أجد هذا القول فى كتب الإمامية أو الزيدية منهم .

واشترط سعيد بن المسيب أن يكون النكاح نكاح رغبة ولقصد الاستدامة وإن كان لم يشترط (ذوق العسيلة) وهو ظاهر اختيار ابن حزم (١)

واستدل هؤلاء بالآية السابقة وحملوا النكاح على العقد ، وقالوا : إن حديث ذوق العسيلة (الذى تمسك به الجمهور والذى سيذكر فيما بعد) خبر آحاد فلا يقيد به مطلق الكتاب .

وأما الجمهور فقد تمسكوا بالكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب فالآية المتقدمة آنفا ومحط الاستدلال هو قوله تعالى « حتى

---

(١) فتح القدير ج ٣ ص ١٧٦ ، والمحلى لابن حزم ج ١٠ ص ١٧٨ والبحر الزخار ج ٣ ص ١٧٣ .

تنكح زوجا غيره ، ووجه استدلالهم أن لفظ النكاح ، يقينا ، يستعمل إما فى العقد وإما فى الوطء وإن كانوا قد اختلفوا أى الاستعمالين حقيقة وأيهما مجاز فإذا قامت قرينة على أحد المعنيين وجب المصير إليه ، والقرينة هنا هى لفظ (زوجا) فلو كان لفظ (تنكح) بمعنى تعقد لكان فى الآية إطناب وتطويل لا حاجة إليه ، فقد كان هذا المعنى يؤدى بقوله : حتى تنكح غيره ، أو تتزوج غيره ، ومقتضى بلاغة القرآن التى هى فى الذروة أن يحمل لفظ تنكح بمعنى المعاشرة الجنسية من زوج غيره .

وأما السنة فهو ما رواه البخارى بسنده عن عائشة رضى الله عنها أن رفاعة القرظى تزوج امرأة ثم طلقها فتزوجت آخر فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت له أنه لا يأتيها وأنه ليس معه إلا مثل هدبة فقال « لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » .

وهذا الحديث رواه جميع المحدثين بألفاظ متقاربة .

وأخرج النسائى بسنده عن عبيد الله بن العباس بن عبد المطلب أن الغميصاء أو الرميصاء أتت النبى صلى الله عليه وسلم تشكو من زوجها أنه لا يصل إليها فلم يلبث أن جاء فقال : إنها كاذبة ولكنها تريد أن ترجع إلى زوجها الأول ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : « ليس ذلك حتى تذوق عسيلته » ورجال هذا السند ثقات .

وزوج الغميصاء هذه على ما أخرجه الطرانى هو عمرو بن حزم وقد أخرج الطبرانى هذه القصة ، أيضا ، عن عائشة رضى الله عنها .

فقصة الغيمصاء غير قصة زوجة رفاعة القرظى السابقة .

وروى ابن حيان فى تفسيره لقوله تعالى « حتى تنكح زوجا غيره » أنها

نزلت فى عائشة بنت عبد الرحمن بن عقيل النضرية كانت تحت رفاعة بن وهب ابن عتيك وهو ابن عمها نطلقها طلاقا بائنا فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ثم طلقها فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت أنه طلقني قبل أن يمسنى أفأرجع إلى ابن عمى زوجى الأول قال : « لا حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » .

فهذه قصة ثالثة :

هذا وقد أخرج الطبرى وابن أبى شيبة مثل ما تقدم عن أبى هريرة رضى الله عنه وأخرج الطبرى والبيهقى مثل ذلك عن أنس بن مالك رضى الله عنه فهذه الأحاديث صريحة باشتراط دخول الزوج الثانى بها دخولا كاملا .

والقول بأنها أخبار آحاد فلا يزاد بها على ما فى القرآن وإلا كان نسخ القرآن بالسنة التى لم تتواتر وهو ممنوع يرد عليه أن هذه الأخبار ليست أخبار آحاد بل هى متواترة معنى أو على الأقل أخبار مشهورة ، والخبر المشهور يقيد به مطلق الكتاب عند الحنفية .

ولئن سلم أن هذه أخبار آحاد فإن الشرط إن كان من مقتضيات اللفظ القرآنى فيجوز تقييده بالسنة الآحادية ، ومما لا شك أن الوطء مما يقتضيه لفظ النكاح ، فالسنة بينت أن المراد بالنكاح فى الآية هو الوطء .

ومن العجب أن ابن حزم مع شدة تمسكه بالأخبار ـ وإن كانت آحادا ـ يشكك فى هذا الموضوع فيدعى أولا بأن حديث العسيلة لم يرد إلا عن عائشة ثم يشكك فى تقييده لمطلق الكتاب مع أنه سبق فى مبحث ثبوت حرمة المصاهرة بالزنى عند الاستدلال لرأيه أن لفظ النكاح حقيقة فى العقد والوطء وأيضا فقد استبان لك أن الخبر لم يقتصر نقله عن عائشة بل نقل ـ كذلك ـ عن أبى هريرة وأنس وعبيد الله بن عباس .

كلية الشريعة

مذكرة

فى مقرر الأحوال الشخصية

للسنة الثالثة بكلية الشريعة

جمع وتلخيص

محمود الأزرق

رئيس نيابة الأحوال الشخصية

بمحكمة النقض

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، وصلى الله تعالى وسلم على سيدنا محمد رسوله الأمين وعلى جميع الأنبياء والمرسلين.

أما بعد:

فهذه مذكرة فى الأحوال الشخصية للسنة الثالثة من كلية الشريعة أرجو أن تكون وافية بحاجتهم ملائمة لمداركهم واستعدادهم والله ولى التوفيق.

مدلول الأحوال الشخصية :

الأحوال الشخصية اصطلاح غير معروف لدى فقهائنا الأقدمين ولم يرد له ذكر فى كتب الفقه وإنما هو اصطلاح وافد إلى مصر من البلدان الأجنبية استساغه الكاتبون فى الفقه الإسلامى وأطلقوه على المسائل التى تتعلق بشخص الإنسان وذاته كالزواج والنسب والميراث لأن كون الإنسان أبا أو إبنا أو أخا وكونه وارثا أو محجوبا أو محروما هو من الحالات والصفات الشخصية ـ وهى عند فقهائنا الأقدمين تندرج فى قسم المعاملات إذ الأحكام نوعان.

الأول: أحكام اعتقادية تتعلق بتكوين العقيدة الصالحة فى المبدأ والمعاد وفى الوسائط التى توصل إلى العلم بهما من الوحى والرسالات والكتب المنزلة من عند الله تعالى.

الثانى: أحكام عملية يقصد منها بعد اعتقاد حقيقتها أن يعمل على وفقها فى نواحى الحياة المختلفة وهى قسمان.

الأول : أحكام العبادات التى يقصد بها التقرب إلى الله تعالى وحده كالصلاة والصيام والحج والزكاة فهى أحكام تنظم علاقة العبد بربه .

الثانى : أحكام المعاملات التى تجرى بين الناس مثل البيع والشراء والإجارة والرهن وهى أحكام تهيمن على أحوال الاجتماع الإنسانى وتنظم علاقة الأفراد بعضهم مع بعض . علاقات الجماعات كذلك ويدخل فى هذا القسم ماسمى فى الاصطلاح الحديث باسم الأحوال الشخصية ، وقد كانت الجهات القضائية قبل توحيدها مختلفة فى تحديد معنى الأحوال الشخصية وكان لهذا الاختلاف أهمية كبيرة من ناحية تعيين المحكمة المختصة بالنظر فى المنازعات التى تقوم بين الأفراد والفصل فيها فبينما كانت المحاكم الشرعية تتوسع فى تعيين المراد بالأحوال الشخصية كانت الجهة الأخرى تحاول التضيق من مدلول هذه العبارة وظل هذا الخلاف قائما حتى صدر حكم لمحكمة النقض فى مصر بتاريخ ٢١ يونية سنة ١٩٣٤ يحدد الاصطلاح القانونى لهذه العبارة بقولها (المقصود بالأحوال الشخصية مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب عليها القانون أثرا قانونيا فى حياته الاجتماعية ككونه ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو إبنا شرعيا وكونه تام الأهلية أو ناقصا لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونيه ـ أما الأمور المتعلقه بالمسائل الماليه فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينيه ، وعلى ذلك فالوقف والهبه والوصيه والنفقات على اختلاف أنواعها وأسبابها من الأحوال العينيه غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبه والوصيه وهى من عقود التبرعات تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة حمله هذا على اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصيه ليخرجها من

اختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى تحتوى على عنصر دينى ذى أثر فى تقرير حكمها ـ وبالرغم من هـذا التحديد فإن النزاع بين الهيئات القضائية فى المقصود من الأحوال الشخصية لم ينقطع بل كان يثور بين حين وآخر وفى سنة ١٩٤٩ صـدر القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ وهو قانون نظام القضـاء وبين فى المـادتين ١٣ ، ١٤ منه ما يعتبر من الأحـوال الشخصية بالنسبة لغير المصريين مما يفهم منه قصد المشرع المصرى من مدلول الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين إذ لا يعقل أن يكون للفظ واحد هو الأحوال الشخصيه معان مختلفه أو متباينه فى نظر مشرع واحـد هو المشرع المصرى ووفقا لنص المـادة ١٣ يعتبر من الأحوال الشخصيه ما يأتى :

١ ـ المسائل المتعلقه بحالة الأشخاص وأهليتهم .

٢ ـ المسائل المتعلقه بنظام الأسرة كالخطبه والزواج وحقوق الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق .

٣ ـ المسائل المتعلقه بالبنوة والإقرار بالأبوة وإنـكارها والعلاقه بين الأصول والفروع .

٤ ـ الالتزام بالنفقه للأقارب والأصهار .

٥ ـ تصحيح النسب والتبنى .

٦ ـ الوصاية والولاية والقيـامه والإذن بالإدارة والغيبه واعتبار المفقود ميتا .

٧ ـ المنازعات والمسائل المتعلقه بالمـواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافه إلى ما بعد الموت .

ووفقا للمـادة (١٤) تعتبر الهبه من الأحوال الشخصيه بالنسبه لغـير

المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك ، أما بالنسبه للمصريين فالهبه من المسائل المـاليه .

واعتبار الأمـــور المتعلقه بحالة الشخص الطبيعيه أو العائليه ككون الإنسان ذكراً أو أنثى تام الأهليه أو ناقصها أو زوجا أو مطلقا وما إلى ذلك من مسائل الأحوال الشخصيه واضح لايحتاج إلى بيان ومثلها فى ذلك الميراث لأن كون الإنسان وارثا أو محجوبا من الميراث أو محروما منه من الصفات والحالات الشخصيه للإنسان .

أما الأمور المتعلقة بالمـال كالمهر بالنسبة للسلمين ، والدوطة بالنسبة لغيرهم ، والنفقة الواجبة للزوجة أو الأقارب فهى بحسب الأصل من الأمور المـالية ، ولكنها اعتبرت من الأحوال الشخصية لاتصالها الوثيق بالأحكام الدينية للزواج الذى هو عقـد يتعلق بذات الإنسان وشخصه ـ وأما الوقف والوصية فـلا يظهر فيهما كثيرا معنى الأحوال الشخصية ، لكنهما ألحقا بها من حيث إن الوصية أخت الميراث ، لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، والوقف عقـد تبرع كالوصية فكان مثلها فى اللحاق بالأحوال الشخصية ، وقدكانت الهبة فى أول الأمر معتبرة من مسائل الأحوال الشخصية من جهة أنها من عقود التبرعات كالوقف والوصية ، ولكن عدل عن ذلك فى قانون تنظيم القضاء الصادر سنة ١٩٤٩ ، واعتبرت من العقود المدنية المحضة ، وقد وضعت أحكامها فى القانون المدنى فى المواد من ٤٦٨ - ٥٠٤ ، وفيما يبدو فإن اعتبار الهبة من العقود المدنيـة اعتبار صائب ، لأن معنى الأحوال الشخصية غير ظاهر فيها لتعلقها بالمال ، فليس هناك من مقتض لإخراجها من الأحوال العينية وإلحاقها بقيم الأحوال الشخصية .

ما ذا يترتب على تحديد مسائل الأحوال الشخصية :

كان تحديد مسائل الأحوال الشخصية قبل توحيد جهات القضاء بإلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية أمراً بالغ الأهمية ، إذكان يترتب على ذلك تعيين المحكمة التى تفصل فى النزاع ، فإن كان النزاع متعلقا بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية كانت المحكمة الشرعية أو المجلس الملى هو المختص بالفصل تبعاً لديانة المتنازعين ، أما بعد إلغاء المحاكم الشرعيه والمجالس المليه ، فقد أصبحت المحاكم الوطنية مختصة بالفصل فى جميع المنازعات ، سواء أكانت متعلقة بمسائل الأحوال الشخصية أم بغيرها ، لكن بقيت مع هذا الأهمية لمعرفة ما إذا كان النزاع متعلقا بمسائل الأحوال الشخصية أم لا ، فإنه يترتب على ذلك معرفة القانون الذى يطبق ، فإن كان النزاع متعلقا بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية بين مسلمين أو بين غير المسلمين المختلفى الملة والطائفة ، فإن الذى يطبق على موضوع النزاع ما نص عليه فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعيه ، أما غير المسلمين المتحدو الملة والطائفة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون ، فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقا لشريعتهم ، وذلك طبقا للمادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ التى نصت (تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصيه والوقف ، والتى كانت أصلا من اختصاص المحاكم الشرعيه طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة . أما بالنسبة للمنازعات المتعلقه بالأحوال الشخصيه للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائيه مليه منظمه وقت صدور هذا القانون ، فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقا لشريعتهم) .

المحاكم المختصة بنظر قضايا الأحوال الشخصيه :

قبل أول ينايرسنه ١٩٥٦ كانت المحاكم الشرعيه والمجالس المليه هى المختصه

بالفصل فى قضايا الأحوال الشخصية ، وكانت المحاكم الشرعيه على ثلاث درجات : المحاكم الجزئيه ، والمحاكم الابتدائيه ، والمحكمه العليا الشرعيه ، واختصاص كل منها مبين فى القانون رقم ٧٨ لسنه ١٩٣١ « اللائحه الشرعيه » كما أن اختصاص المجالس المليه مبين بلوائحها وقوانينها ، ولما صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنه ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعيه والمحاكم المليه نص فيه على الدوائر التى تنظر قضايا الأحوال الشخصيه وكيفيه تشكيلها وعلى اختصاصها ، فنص فى المادة ٤ منه على أنه (تشكل بالمحاكم الوطنيه دوائر جزئيه وابتدائيه واستئنافيه وفقا لما هو منصوص عليه فى قانون نظام القضاء لنظر قضايا الأحوال الشخصيه والوقف التى كانت من اختصاص المحاكم الشرعيه ، أو المجالس المليه . وتصدر الأحكام من محاكم الإستئناف فى القضايا المذكورة من ثلاثة مستشارين يجوز أن يكون أحدهم من رجال القضاء الشرعى المعينين فى القضاء الوطنى بمقتضى هذا القانون ، ويكون فى درجه نائب أو عضو بالمحكمه العليا الشرعيه أو من فى درجته ، وتصدر الأحكام فى المحاكم الابتدائيه من ثلاثة قضاة يجوز أن يكون أحدهم أو اثنان منهم من درجة رئيس أو نائب أو قاض من قضاة المحاكم الشرعيه المعينين فى القضاء الوطنى بمقتضى هذا القانون ، ويجوز أن يتولى رئاسه المحكمه الجزئيه عند نظر قضايا الأحوال الشخصيه قاض من قضاة المحاكم الوطنيه أو أحد القضاة من رجال القضاء الشرعى المعينين فى القضاء الوطنى بمقتضى هذا القانون) .

وقبل إلغاء المحاكم الشرعيه كانت دعاوى النسب فى غير الوقف والطلاق والخلع والمبارأة والفرقه بين الزوجيه بجميع أسبابها من اختصاص المحاكم الجزئيه ، ولكن بصدور قانون إلغاء المحاكم الشرعيه صارت من اختصاص المحاكم الابتدائيه بمقتضى المادة الثامنه من القانون المذكور التى نصت على أن

(تختص المحاكم الجزئيه الوطنيه بالمنازعات المتعلقه بالأحوال الشخصيه طبقاً لما هو مبين فى لائحه ترتيب المحاكم الشرعيه عدا دعوى النسب فى غير الوقف والطلاق والخلع والمبارأة والفرقه بين الزوجين بجميع أسبابها والمشار إليها فى المادة السادسه من اللائحه فإنها تكون دائما من اختصاص المحاكم الابتدائيه ومحاكم الاستئناف وفقا لما هو مبين فى المواد ٨ ، ٩ ، ١٠ من اللائحه .

وقد استحدث من أول يناير سنة ١٩٥٦ نظام تدخل النيابة فى قضايا الأحوال الشخصية وصدر بذلك القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ فقد نص فى المادة ١ منه على ما يأتى : (يجوز للنيابة العامة أن تتدخل فى قضايا الأحوال الشخصية التى تختص بها المحاكم الجزئية بمقتضى القانون رقم ٦٤٢ لسنة ١٩٥٥ المشار إليه . وعليها أن تتدخل فى كل قضية أخرى تتعلق بالأحوال الشخصية أو بالوقف وإلا كان الحكم باطلا . ويجرى على التدخل أحكام الباب الرابع من الكتاب الأول من قانون المرافعات المدنية والتجارية .

عقد الزواج

أهميته فى الإسلام وفى الشرائع السابقة :

الزواج عقد يتعلق بذات الإنسان ويتوقف عليه الجزء الأكبر من سعادته فى حياته أو شقائه فأن وفق فيه إلى زوجة عفيفة صالحة مطيعة سعد واطمأن وأنتج وإلا شقى واضطرب وأهمل . وبالزاوج تكون الذرية التى بها تتكون الأسر والقبائل والجماعات : « يأيها الناس اتقوا ربكم الذى خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيراً ونساء » ، « يأيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا »

« ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجاً لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة » وإن عقداً هذا شأنه لجدير بعناية الشارع به ورعايته ووضع الأحكام التى تتفق وأهميته وآثاره . وليس هناك عقد من العقود قد عنى الشارع به عنايته بعقد الزواج فقد وضع له الأحكام من حين التفكير فيه حتى تمامه ، بل ووضع له الأحكام التى تترتب على انفصامه بالموت أو الطلاق فوضع أحكاماً للخطبة وحث على خطبه العفيفة الصالحة وإن لم تكن ذات مال وجمال وحسب وبين الله سبحانه من يحل زواجها ومن لا يحل ودعا إلى المفارقة بالإحسان إن لم يمكن الأمساك بالمعروف وهكذا من الأحكام التى وضعها الشارع الحكيم لصيانة هذا العقد ودوامه .

وهذه العناية التى خص بها الشارع عقد الزواج موجوده فى جميع الشرائع السابقة على الإسلام ففى الشريعة الموسوية والشريعة المسيحية نفس الاهتمام والعناية الموجودتين فى شريعة الإسلام إذ فى كل منهما نظام الخطبة كيف تكون وبم تتم وماذا يترتب على انفصامها . وهل هناك تعويض على من يتسبب فى عدم إتمامها أولا ؟ كما أن فى كل منهما الزواج كيف يكون وبم يتم ومن يحل تزوجها ومن لا يحل وما حق كل من الزوجين على الآخر وما إلى ذلك مما يدل على اهتمام جميع الشرائع بهذا العقد لما له من أثر فى حياة الفرد والجماعة والدولة وليس هنا مجال تفصيل ما سبق بالنسبة للشريعتين الموسوية والعيسوية ويكفى أن نتكلم عن عقد الزواج بالتفصيل فى الشريعة الإسلامية لأنه موضوع الدراسه .

تعريف عقد الزواج :

عقد الزواج : عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة ملك استمتاع الرجل بالمرأة وحل استمتاع المرأة بالرجل : ووضع لفظ الأصالة فى

التعريف لإخراج شراء الأمة للتسرى لأن ملك الاستمتاع بها ليس مقصودا بالإصالة وإنما هو مستفاد تبعا لملك الرقبة : وعبر فى جانب الرجل بملك الاستمتاع وفى جانب المرأة بحل الاستمتاع لأن حق الاستمتاع بالمرأة ملك خاص بالرجل صاحب العقد لا يحل لغيره لا يعقد ولا بغير عقد مادام حكم العقد الأول باقيا فلا يحل للمرأة المتزوجة أو التى فى حكمها أن تتزوج بزوج آخر . أما حق استمتاع المرأة بالرجل فليس ثابتا لها على أنه ملك خاص بها لا يكون لأحد غيرها من النساء لأن للرجل أن يتزوج أربعا : ومما يجب أن يلاحظ أن عقد الزواج ليس أثره ملك الزوجة ذاتها ولا ملك منفعتها وإنما أثره حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر : أما شراء الأمة فأثره ملك رقبتها وجميع منافعها فلسيدها أن يتمتع بها وله أن يزوجها أو يملكها غيره وله أن يستخدمها ويخدمها غيره وهذا هو الفارق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع فأن من يملك المنفعة يملك تمكين غيره من الانتفاع بها أما من يملك الانتفاع فليس له هذا الحق .

صفة الزواج الشرعية :

يقصد بصفة الزواج الشرعية ما يثبت له شرعاً من جهة كونه مطلوبا فعله أو تركه وله بهذا الاعتبار خمس حالات ثلاث منها يكون فيها مطلوب الفعل وحالتان فيها مطلوب الترك .

الحالة الأولى : ما يكون الزواج فيها فرضا وذلك إذا تيقن الإنسان الوقوع فى الفاحشة إذا لم يتزوج وكان مع ذلك لا يستطيع التحرز عن الفاحشة بنحو الصيام وكانت لديه مؤونة النكاح فأنه فى هذه الحالة فرض عليه أن يتزوج فإذا لم يفعل كان آثما .

الحالة الثانية : يكون فيها واجبا إذا خاف الوقوع فى الفاحشة بعدم الزواج خوفا لا يصل إلى اليقين .

الحالة الثالثة : يكون فيها حراماً إذا تيقن الوقوع فى الظلم والأضرار بالمرأة إذا هو تزوج .

الحالة الرابعة : يكون فيها مكروها إذا خاف الوقوع فى الظلم خوفا لا يصل إلى مرتبة اليقين .

الحالة الخامسة : وهى حالة الاعتدال والأمر فيها مختلف فمذهب الظاهرية أن الزواج فى هذه الحالة فرض متى كان الإنسان قادراً عليه وعلى مؤنه مستندين فى ذلك إلى ظواهر النصوص من الآيات والأحاديث التى ورد فيها الأمر بالزواج مثل قوله تعالى : « فانكحوا ماطاب لكم من النساء » ، « وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم » ومثل قوله صلى الله عليه وسلم (يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ومن لم يستطع فعليه الصوم) وعند الحنفية والمالكية والحنابلة أن الزواج فى هذه الحالة سنة مؤكدة فأن النبى صلى الله عليه وسلم فعله وحث عليه ولكن لم يحتم فعله على كل الناس ولم يلزم به كل فرد الالزام المعهود فى الفرائض أو الواجبات وذلك دليل السنية ويشهد بالسنية أيضا فى هذه الحالة قوله صلى الله عليه وسلم رداً على من قال أما أنا فأصلى أبداً وعلى من قال أنا أصوم الدهر ولا أفطر وعلى الثالث الذى قال أنا أعتزل النساء فلا أتزوج أبدا « أنتم الذين قلتم كذا وكذا أما والله إنى لأخشاكم لله وأتقاكم له لكنى أصوم وأفطر وأصلى وأرقد وأتزوج النساء فمن رغب عن سنتى فليس منى » .

مقدمات الزواج .

الخطبة : جرت عادة الناس أن يقدموا على عقد الزواج أمورا تمهد له ومن ذلك الخطبة وهى إظهار الرغبة فى التزوج بامرأة معينة والافضاء بهذه الرغبة إلى المرأة أو من يتولى أمرها فإذا أجيبت هذه الرغبة من جانب المرأة أو من يمثلها تمت الخطبة بينهما وهى أول عمل شرعى يسبق العقد .

أنواعها : تكون الخطبة تارة بلفظ صريح فى الدلالة على طلب التزوج بالمرأة وإظهار الرغبة فى ذلك كأن يقول الرجل للمرأة التى يرغب فى زواجها أريد أن أتزوجك وتارة تكون بطريق التعريض وذلك بذكر كلام من الخاطب يحتمل الخطبة وغيرها ولكن يفهم من عرضه بدلالة الأحوال والقرائن قصد الخطبة كأن يقول لمن يريد زواجها إنك مهذبة أو جميلة أو أريد الزواج وهكذا .

من تباح خطبتها :

الخطبة ليست مقصودة لذاتها وإنما هى مقدمة للزواج وعلى هذا فهى تابعه لحكمه فإن كان التزوج بالمرأة ممنوعا شرعا فكذلك الخطبة وإن كان التزوج بها مباحا كانت الخطبة كذلك مباحه ولذلك اشترط الفقهاء لإباحه خطبه المرأة أمرين .

١ — إلا يكون هناك مانع شرعى يمنع من التزوج بها فى الحال فإن وجد مانع شرعى كانت الخطبه حراما فلا يحل للرجل أن يخطب امرأة يحرم عليه التزوج بها تحريما مؤبدا كأخته وعمته وخالته أو مؤقتا كأخت زوجته ومن هى زوجة لرجل آخر لأن الخطبه وسيلة إلى الزواج فمتى كان الزواج حراما كانت الوسيلة إليه كذلك . هذا إلى ما فى خطبه زوجه الغير من إفساد

الحياة الزوجيه القائمه وبذر بذور الشقاق والفتنه والبغضاء بين الأسر والعائلات . فإن كانت المرأة مشغولة بأثر من آثار الزواج بأن كانت معتدة من طلاق فهل تحل خطبتها ؟ فى ذلك تفصيل هو أما أن تكون الخطبه بلفظ صريح وأما أن تكون بطريق التعريض . فأما الخطبه بلفظ صريح فلا تجوز للمعتدة مطلقا سواء أكانت معتدة وفاة أم معتدة من طلاق رجعى أم بائن لأن ذلك فوق أنه مناف للمروءة ومخالف للآداب العامه التى يدعو إليها الإسلام فإنه قد يجر إلى مفسده إذ يوجب عداوة بين الخاطب وأهل الزوج المتوفى كما يوجب حقدهم وتفورهم من المخطوبة خصوصا إذا رضيت بالخطبة وهذا إذا كانت معتدة وفاة أما إذا كانت معتدة طلاق فإن الشر يكون أعظم وأفحش وتكون العداوة والشحناء أكثر وأشد هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فقد تدعو خطبته معتدة الطلاق صريحا إذا خف دينها إلى أن تقر بانقضاء العدة إذا مكثت أقصر مده يمكن أن تصدق فيها المرأة مع أن الواقع يكون غير ذلك لكن رغبتها فى الزواج تدعوها إلى أن تقر كذبا بانقضاء العدة قبل أن تنقضى ما دامت المدة تحتمل ذلك ولا سبيل إلى معرفة الحقيقة إلا منها لأن الشرع جعلها أمينة فى ذلك ومثله . أما الخطبه بطريق التعريض فأنها تجوز باتفاق المذاهب إذا كانت العدة عدة وفاة لقوله تعالى : « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبه النساء » لأن الآية وإن كانت عامه فى التعريض بخطبه النساء إلا أن المراد بهن معتدات الوفاة لأن الكلام فى شأنهن بدليل الآية التى قبلها « والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربص بأنفسهن أربعه أشهر وعشرا » وإنما أبيحت خطبه المعتدة من وفاة بطريق التعريض لأن الزوجيه بينها وبين زوجها قد انتهت بالوفاة فلا يتصور عودها مرة أخرى فليس فى خطبتها اعتداء على حق الزوج ولا أقاربه ، وأمر آخر فإن معتدة الوفاة أما أن تكون حاملا أو حائلا

فالحامل عدتها وضع الحمل وغيرها عدتها أربعه أشهر وعشرة أيام فلا يخشى منها الإقرار بانقضاء العدة قبل أوانها . وأما المعتدة من طـــلاق رجعى وهو الذى يملك فيه المطلق أن يراجع امرأته من غير عقد جديد فاتفاق المذاهب أيضا على أنه لا تجوز الخطبة بالتعريض . وإن كانت العدة من طلاق بائن فمذهب الحنفية أنه لا تجوز الخطبة أيضا بالتعريض للأمور التى ذكرت فى المنع من الخطبة بطريق التصريح ولا فرق عند الحنفية بين أن تكون البينونة بينونة صغرى أو كبرى . ومذهب الشافعيه جواز خطبة المعتدة من طلاق بائن سواء أكانت البينونية صغرى أم كبرى لأن الخطبة بطريق التعريض لا تركن إليها المرأة كما تركن فى الخطبة الصريحة لوجود الاحتمال فيها وبذلك يضعف احتمال المحظور الذى من أجله حرمت الخطبة الصريحة .

الأمر الثانى :

ألا تكون المرأة مخطوبة لغير الخاطب فلو كانت مخطوبة لغيره فلا تحل له خطبتها ما دامت مخطوبة لقوله صلى الله عليه وسلم (لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن) ولأن فى خطبة مخطوبة الغير اعتداد عليه وإضراراً له والله لا يحب المعتدين والإضرار منهى عنه ، فإذا عدل الخاطب والمخطوبة عن هذه الخطبة أو عدل أحدهما حل لمن يريد التزوج التقدم لخطبتها ، ومحل تحريم خطبة المخطوبة ما إذا كانت قد أجابت رغبة الخاطب ورضيت به أما إذا سكتت فلم تجب خطبته ولم تردها بل أرجأت ذلك حتى تسأل وتشاور فهل تحل خطبتها ؟ اختلف الفقهاء فى ذلك فرأى بعضهم كراهة الخطبة وعدم حلها وهو رأى الإمامين أبى حنيفة ومالك وحجتهم فى ذلك الأحاديث الواردة فى النهى عن خطبة مخطوبة الغير ومنها الحديث السابق فهى عامة تتناول كل مخطوبة سواء أكانت قد وافقت على

الخطبة أم أرجأتها حتى السؤال والتحرى وإلى أن السكوت عن الإجابة أو الرد وإن كان لا يدل على الرضا بالخاطب فهو أيضا لا يدل على كراهيته فربما كانت الرغبة فيه حاصلة من بعض الوجوه فيكون هناك احتمال قبول خطبته فإذا أبيح لغير التقدم لخطبتها فقد يترتب على ذلك زوال هذه الرغبة ورفض خطبته ، وفى هذا اعتداء على حق الخاطب الأول وهو لا يجوز ورأى آخرون إباحة هذه الخطبة مستندين إلى ما روى أن فاطمة بنت قيس تقدم لخطبتها معاوية بن أبى سفيان وأبو جهم وأسامة بن زيد فذهبت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكرت له ذلك فقال صلى الله عليه وسلم أما أسامة فرجل ترب لا مال له ، وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء ولكن أسامة فقالت بيدها هكذا أسامة أسامة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم طاعة الله وطاعة رسوله فرضيت بأسامة وتزوجته فجعل الله فيه خيراً واغتبطت به ، فإن الرسول صلى الله عليه وسلم قد علم بخطبة هؤلاء الثلاثة لفاطمة ولم ينكر على واحد منهم خطبته إياها فدل ذلك على إباحة خطبة المرأة المخطوبة من قبل إذا لم تحصل إجابة أو رد وقد قال الحنفية والمالكية إنه لا حجة فى هذا الحديث على ما ذهب إليه هذا الفريق لأنه ليس فيه دليل على أن أحد هؤلاء الثلاثة قد سبق الآخرين إلى الخطبة إذ يحتمل احتمالا قويا أن يكون الثلاثة قد خطبوها معا فى وقت واحد وعلى فرض أن أحدهم قد سبق الآخرين فليس فيه دليل على أن الخاطب الثانى أو الثالث كان يعلم بخطبة الأول .

ومن مقدمات الزواج التى ندبت إليها الشريعة أن يرى الخاطب مخطوبته لتصح رغبته فيها ويطمئن إلى التزوج بها ، فقد تكون دميمه ، وقد تكون مشوهة فيستطيع أن يعدل عن خطبتها قبل أن يتورط فى زواجها ، فقد روى

عن المغيرة بن شعبة أنه خطب امرأة ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : « انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » ومعنى يؤدم بينكما : أى يصلح وتكون به الألفة والوفاق ، وصح عن الرسول صلوات الله عليه أنه قال : « إذا خطب أحدكم امرأة فلا جناح عليه أن ينظر منها إذا كان ، إنما ينظر إليها لخطبة وإن كانت لا تعلم » وعن أبى هريرة رضى الله عنه قال : خطب رجل امرأة فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم : « انظر إليها فإن فى أعين الأنصار شيئا » يعنى ضيقا .

أركان عقد الزواج :

ركن الشىء ما يكون داخلا فى قوامه ، إذا وجد هذا الركن وجد الشىء وإن انعدم انعدم بانعدامه ، وهو بخلاف الشرط ، فإن الشرط لا يدخل فى قوام الشىء وحقيقته ، وإن كان يترتب على انعدامه عدم الاعتداد بذلك الشىء : وعقد الزواج له أركان وله شروط : فأما أركانه فهى الإيجاب والقبول اللذان يرتبط أحدهما بالآخر فيفيدان تحقق الرضا منهما ، ويدلان على تحقق الرضا الباطنى . والمراد بالإيجاب فى عقد الزواج - كما فى غيره من العقود - ما يصدر أولا من أحد الطرفين المتعاقدين سواء أكان هو جانب الزوج أم جانب الزوجة ، والقبول ما يصدر ثانيا من الطرف الآخر كذلك ، فإذا قال الرجل للمرأة تزوجتك أو زوجينى نفسك فقالت قبلت أو زوجتك نفسى كان الأول إيجاباً للعقد من الرجل ، وكان الثانى قبولا منها ، وإذا بدأت المرأة فقالت للرجل : زوجتك نفسى أو تزوجتك ، وقال الرجل : رضيت أو قبلت كان الأول إيجاباً من المرأة ، وكان الثانى قبولا من الرجل .

مايلزم فى الإيجاب والقبول :

يلزم أن تراعى فى العبارات التى تكون بها عقد الزواج وقبوله أمور

بعضها فى صيغة اللفظ وهيئته ، وبعضها فى مادة هـذا اللفظ : أما مايلزم اعتباره فى الصيغة والهيئة فهو أن يكون كل من الإيجاب والقبول بصيغة الماضى كزوجت وتزوجت ورضيت وقبلت ، أو يكون الإيجاب بصيغة الأمر والقبول بصيغة الماضى ، كأن يقول الرجل للمرأة : زوجينى نفسك فتقول زوجتك نفسى ، أو يكون الإيجاب بصيغة المضارع ، والقبول بصيغة الماضى ، كأن يقول الرجل للمرأة : أتزوجك ، فتقول : تزوجتك أوقبلت ، وما إلى ذلك فينعقد الزواج بهذه الصيغ . وينعقد أيضا إذا كان كل من الإيجاب والقبول جملة اسمية ، أو كان أحدهما كذلك ، مثل أن يقول الرجل للمرأة : أنا زوجك ، فتقول هى : وأنا زوجتك ، أو يقول لها : أنا زوجك ، فتقول : تزوجتك أو قبلت زواجك ، وإذا كانت إحدى العبارتين بصيغة المضارع فإنه يلزم ألا يكون هناك احتمال أن قائل هذه الصيغة يريد بها عرض رغبته فى الزواج ليتعرف رغبة الجانب الآخر ، أو أنه يريد بها مجرد وعد بالزواج ، أو الحصول على وعد من الجانب الآخر ، وانتفاء هـذا الاحتمال يمكن أن تدل عليه الظروف والقرائن ، وذلك كدعوة الناس إلى مجلس العقد وإحضار الشهود ساعة إجرائه ، وغير ذلك مما يدل على أن المقصود بصيغة المضارع إنشاء العقد وتحقيق ركنه فى الحال ، وليس مجرد عرض الرغبة أو الوعد بالزواج أو التماس الوعد به ، والسر فى وجوب مراعاة هـذه الاعتبارات أن المقصود بالعقود هو إنشاء معنى فى الحال لم يكن حاصلا من قبل ، وهذا الإنشاء لم توضع له فى اللغة ألفاظ خاصة به فاستعملت فيه صيغة الماضى التى تفيد تحقيق معناها وثبوته بالفعل ، فهى أقوى الصيغ وأقربها إلى المقصود ، وهو إنشاء المعنى فى الحال . أما صيغة المضارع فهى لا تفيد هذا التحقق والثبوت فى الحال ، ولكنها موضوعة للإخبار عن حصول الفعل

فى الحال أو الاستقبال فهى بعيدة عن المعنى المقصود فى العقود وهو الإنشاء غير أنه إذا قامت قرائن تدل على أن المقصود بها إنشاء العقد، فإنها تفيد بذلك معنى الإنشاء و تصلح للإيجاب . وكذلك القول فى الإيجاب بصيغة الأمر ، فإنها فى أصل وضعها لطلب تحصيل فعل فى المستقبل، لكن يمكن أن تستعمل فى إنشاء عقد الزواج إذا لم يكن القصد منها تعرف رغبة الجانب الآخر أو طلب وعد منه بالزواج وهو ما تشهد به القرائن .

ما يلزم اعتباره فى الإيجاب والقبول من ناحية المادة :

يلزم فى العبارة التى ينعقد بها الزواج من حيث مادتها وجوهرها أن تكون بلفظ النكاح أو التزويج أو بلفظ غيرهما من كل ما يفيد تمليك العين فى الحال كالهبة و التمليك والجعل فالألفاظ بهذا الاعتبار تنقسم قسمين :

الأول : ألفاظ صريحة موضوعة لمعنى الزواج وهى تشمل النكاح والتزويج وما يشتق منها .

الثانى : ألفاظ مجازية تدل على المراد منها قرائن الأحوال وهى تشمل الهبة والصدقة والتمليك والجعل : فإذا قالت المرأة للرجل وهبتك نفسى أو تصدقت عليك بنفسى أو ملكتك نفسى أو جعلت نفسى لك فقال قبلت فإنه ينعقد بذلك الزواج فإن لم تكن هناك قرينة تفيد معنى التزويج بلفظ من هذه الألفاظ المجازية لم ينعقد به العقد وذلك مثل أن يقول سيد الأمة لرجل وهبتك جاريتى فلانة فإن هذا اللفظ يحتمل أن المراد به التزويج كما يحتمل أن المراد به هبة ذات الأمة وتمليك رقبتها للرجل فلا ينعقد به الزواج لقيام الاحتمالين وعدم ترجيح أحدهما على الآخر إلا أن يقول السيد أردت تزويجها ويصدقه الرجل فى ذلك فتكون هذه النية مرجحة معنى التزويج على معنى التمليك أما إذا وجدت قرينة ترجح معنى التزويج بأن كان المجلس مهيأ

للعقد فإنه ينعقد الزواج قبلك العبارة ولا يحتاج مع ذلك إلى التصريح بما يدل على نية الزواج . ولم يخالف أحد من العلماء فى انعقاد الزواج بالألفاظ المكونة من مادة النكاح والتزويج أما غير ذلك من الألفاظ المجازية فقد خالف الشافعية فى انعقاد الزواج بها وقالوا إنه لا ينعقد بها الزواج ولا ينعقد عندهم إلا بلفظ الزواج أو النكاح وما يشتق منهما لكن الألفاظ الأخرى كنايات تحتاج فى معرفة المراد منها إلى النية وهى أمر باطنى لا يقف عليه الشهود فلا تصلح فى العقد ، أما الحنفية فقالوا إن القرائن تغنى فى معرفة المراد من الألفاظ غير الصريحة وقد ورد فى الشرع استعمال الهبة والتمليك فى الزواج فقد صح أن رسول صلى الله عليه وسلم جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله إنى وهبت نفسى لك فقامت قياما طويلا فقام رجل فقال يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة فسأله النبي صلى الله عليه وسلم عن صداقها فقال ما عندى شيء فقال ملكتها بما معك من القرآن ، وورد لفظ الهبة فى القرآن فى معنى التزويج وذلك قوله تعالى : « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المؤمنين » هذا وألفاظ الكنايات ليست بمنزلة واحدة عند الحنفية بل هى على حسب أقوالهم أربعة أقسام .

١ — ألفاظ اتفقوا على القول بانعقاد الزواج بها وهى لفظ الهبة والتمليك والصدقة والجعل .

٢ — ألفاظ اتفقوا على عدم انعقاد الزواج بها وهى ألفاظ الإباحة والإحلال والإعارة .

٣ — ألفاظ اختلفوا فى الانعقاد بها والصحيح القول بالانعقاد وهى ألفاظ البيع والشراء .

٤ — ألفاظ اختلفوا فى الانعقاد بها والصحيح عدم الانعقاد مثل لفظ الإجارة والوصية .

هذا ويتبين مما تقدم أن عقد الزواج يلزم أن يكون بعبارات صريحة فى معنى إنشاء الزواج أو بكنايات تدل الدلائل على أن المقصود بها هذا الإنشاء وعلى هذا فلا ينعقد الزواج بفعل كالتعاطى على خلاف العقود الأخرى كالبيع فلو قالت امرأة بحضرة الشهود لرجل زوجتك نفسى بمائة جنيه فسلمها المائة فى المجلس ولم يأت بلفظ يفيد القبول لم ينعقد الزواج وذلك لما له من خطورة الشأن فيجب أن يصان أمره عن مواطن الاحتمالات وكذلك إذا مد الرجل يده ليصافحها بعد عبارة الإيجاب التى صدرت منها علامة على رضاه وسروره بما قالت فلا ينعقد الزواج بذلك ، وهذا بخلاف الإجازة بالفعل لعقد زواج عقده فضولى فإنها تكون إجازة صحيحة معتبرة لما كان من الفضولى فإذا قال رجل فضولى لامرأة زوجتك من فلان على مهر مائة جنيه وكان ذلك بحضرة شهود فقالت المرأة قبلت هذا الزواج فلما بلغ الزوج ذلك دفع المائة المهر للمرأة ولم يتلفظ بعبارة تفيد إجازة هذا العقد كان مجرد تسليم المهر كافيا فى معنى الإجازة ونفذ بذلك عقد الزواج وذلك لأن عقد الفضولى صحيح وقد استوفى أركانه بإيجاب منه وقبول من المرأة غير أنه موقوف على إجازة من عقد له هذا العقد وهذه الإجازة يكفى فى الدلالة عليها ما حصل من تسليم المهر لأنها ليست هى القبول المعتبر ركنا فى العقد .

الزواج بالكتابة والإشارة والرسالة :

إذا كان المتعاقدان حاضرين معا فى مجلس واحد وكانا قادرين على التعبير عما يفيد إنشاء العقد بألفاظ فإنه يتعين عليهما التعبير بالألفاظ فلا ينعقد بإشارتهما أو بإشارة أحدهما بما يفيد الإيجاب أو القبول وكذلك لا ينعقد

بالكتابة منهما أو من أحدهما ولو كانت الكتابة بينة واضحة فى المراد لقيام احتمال غير الإنشاء فى كل من الإشارة والكتابة على كل حال ، أما إذا كان كل من المتعاقدين أو أحدهما غير قادر على التعبير بالألفاظ كالأخرس فإن كان لا يعرف الكتابة صح الإيجاب منه أو القبول بالإشارة الواضحة باتفاق الروايات وإن كان يعرف الكتابة ففى انعقاد العقد بإشارته روايتان إحداهما عدم الانعقاد بالإشارة لأنها بمنزلة الكتابة فى الدلالة على المراد والثانية صحة الانعقاد بها فتغنى عن الكتابة، والرواية الأولى أرجح ، فإن كان أحد المتعاقدين غير حاضر مع الآخر فى مجلس واحد فإنه يمكن أن يتعاقد معه بوساطة رسول أو كتاب وتقوم عبارة الرسول وما سطر فى الكتاب مقام تلفظ العاقد الحاضر . والشهادة اللازمة لصحة عقد الزواج يلزم توافرها فى مجلس القبول الذى يصدر من المرسل إليه أو المبعوث إليه بالكتاب فإذا أرسل الخاطب رسولا إلى امرأة يقول لها زوجينى نفسك أو تزوجتك فأحضرت شهودا وأعلمتهم بذلك أو أعلمهم به الرسول وقالت زوجته نفسى أو قبلت زواجه فقد انعقد العقد بالإيجاب الذى يحمله الرسول والقبول من المرسل إليها وصار الإيجاب كأنه حاصل من صاحبه فى مجلس القبول وصح العقد بشهادة الشهود الذين حضروا مجلس القبول وليس بلازم أن يسمع الشهود عبارة الإيجاب من الموجب ذاته . وإذا أرسل الخاطب إلى المخطوبة بكتاب يذكر لها فيه عبارة الإيجاب على نحو ما قدمنا فأحضرت شهودا وقرأته عليهم أو أعلمتهم بما فيه ثم قبلت الزواج فى المجلس فإنه يتم العقد بذلك ولا يلزم فيه أيضا أن يكون الموجب قد أشهد هؤلاء الشهود أو غيرهم على كتابه أو أعلمهم بما فيه بل يكفى لصحة العقد أن يشهد الشهود فى مجلس القبول على هذا القبول وعلى ما جاء فى الكتاب بعد قراءته عليهم أو إعلامهم بما فيه فإن

ذلك يقوم مقام حضور الموجب وتلفظه بالإيجاب فى المجلس . وهذا هو الحكم الفقهى فى موضوع إثبات الزواج أما العمل الآن فى المحاكم فعلى خلافه فى حالة إنكار الزواج وهو ما نص عليه فى المادة (٩٩) من لائحة المحاكم الشرعية التى قررت أنه (لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الطلاق أو الإقرار بهما بعد وفاة أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ١٩١٤ أفرنكية سواء أكانت مقامة من أحد الزوجين أو غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحتها .

ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين فى الحوادث السابقة على سنة ألف وثمانمائة وسبع وتسعين فقط بشهادة الشهود وبشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره فى الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الإفرنكية إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ . ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمانى عشرة سنة إلا بأمر منا . ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى .

وقد بين المشرع السبب الذى دعا إلى اشتراط ما ذكر فى سماع دعوى الزوجية فقال فى المذكرة الإيضاحية للائحة ، ومن القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص وأن لولى الأمر أن يمنع قضاته عن سماع بعض الدعاوى وأن يقيد السماع بما يراه من القيود

تبعا لأحوال الزمان وحاجة الناس وصيانة للحقوق من العبث والضياع ، وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك وأقروا هذا المبدأ فى أحكام كثيرة واشتملت لائحتا سنة ١٨٩٧ و سنة ١٩١٠ للمحاكم الشرعية على كثير من مواد التخصيص وخاصة فيما يتعلق بدعاوى الزوجية والطلاق والإقرار بهما وألف الناس هذه القيود الواردة بهما واطمأنوا إليها بعد أن تبين مالها من عظيم الأثر فى صيانة حقوق الأسر ، إلا أن الحوادث قد دلت على أن عقد الزواج وهـــو أساس رابطة الأسرة لا يزال فى حاجة إلى الصيانة والاحتياط فى أمره فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة ثم يجحده أحدهما ويعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء ، وقد يدعى بعض ذوى الأغراض الزوجية زورا وبهتانا أو ابتغاء غرض آخر اعتمادا على سهولة إثباتها بالشهود خصوصا وأن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع فى الزواج وقد تدعى الزوجية بورقة عرفية إن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مرارا وما كان لشىء من ذلك أن يقع لو أثبت هذا العقد بوثيقة رسمية كما فى عقود الرهن وحجج الأوقاف وهى أقل منه شأنا وهو أعظم منها خطرا . فحملا للناس على ذلك وإظهارا لشرف هذا العقد وتقديسا له عن الجحود والإنكار ومنعا لهذه المفاسد العديدة وصيانة للحقوق واحتراما لروابط الأسرة زيدت الفقرة الرابعة فى المادة (٩٩) التى نصها (ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية فى الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنه ١٩٣١ ، وبذلك أصبحت دعاوى الزوجيه والإقرار بها لا تسمع عند الإنكار فى الحوادث الواقعه من أول أغسطس سنه ١٩٣١ بدون وثيقه رسميه فى حال حياة الزوجين أو بعد الوفاة .

ووثيقه الزواج الرسميه هى التى تصدر من موظف مختص بمقتضى وظيفته بإصدارها طبقا للمادة ١٣٢ كالقاضى والمأذون فى داخل القطر وكالقنصل فى

خارجه . وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعا فى دعاوى النسب بل هذه باقيه على حكمها المقرر كما كانت باقيه عليه رغما من التعديل الخاص بدعوى الزوجية فى المادة ١٠١ من اللائحه القديمة ، وجاء فى المذكرة الإيضاحيه فيما يختص بتحديد سن الزواج ما يأتى (كانت دعوى الزوجيه لا تسمع إذا كانت سن الزوجين وقت العقد أقل من ست عشرة سنه للزوجة وثمانى عشرة سنه للزوج سواء أكانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد فرئى تيسيرا على الناس وصيانة للحقوق واحتراما لآثار الزوجيه أن يقصر المنع من السماع على حالة واحدة وهى ما إذا كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة) .

انعقاد الزواج بعاقد واحد :

يختص عقد الزواج من دون سائر العقود بجواز أن يتولاه عاقد واحد هو ذو الصفة الشرعية فى الجانبين ، وهو الأصيل والولى والوكيل ، وذلك يتحقق فى الصور الآتية :

الأولى : أن يكون متولى العقد أصيلا يعقد لنفسه ووليا على الجانب الآخر ، كأن يتزوج الرجل بنت عمه الصغيرة التى هى فى ولايته ، فيقول بحضرة الشهود : تزوجت ابنة عمى فلانة ، أو يقول : زوجتها من نفسي .

الثانية : أن يكون أصيلا يعقد لنفسه ووكيلا عن عن الطرف الآخر ، كما إذا وكلته امرأة أن يزوجها من نفسه فقال بحضرة الشهود : قد وكلتنى فلانة بنت فلان أن أزوجها من نفسى فاشهدوا إنى تزوجتها .

الثالثة : أن يكون ولياً للجانبين ، كأن يزوج الجد الولى على أولاد أولاده الصغار بنت ابنه لابن ابنه الآخر ، وكأن يزوج الأب بنته الصغيرة لابن أخيه الصغير الذى هو فى ولايته .

الرابعة : أن يكون وكيلا للجانبين ، كما إذا وكله رجل أن يزوجه ووكلته امرأة أن يزوجها ، فقال زوجت فلانة من فلان .

الخامسة : أن يكون ولياً من جانب ووكيلا من الجانب الآخر ، كأن يوكله رجل أن يزوجه بنته الصغيرة فيزوجه إياها .

شروط عقد الزواج

الشروط التى تشترط فى عقد الزواج أصناف أربعة :

شروط انعقاد . شروط صحة . شروط نفاذ . شروط لزوم :

شروط الانعقاد : هى التى تلزم مراعاتها فى أركان العقد ذاتها ، أو فى الأسس التى تقوم عليها هذه الأركان ، بحيث لو تخلف شىء منها صار وجود الأركان بمنزلة العدم ، ويعبر عن أثر هذا التخلف بالبطلان . فالعقد الباطل هو الذى أصابه الخلل فى ركن من أركانه أو فى أساس من أسس هذه الأركان وهذه الشروط تتعلق بالعاقدين والمعقود عليه والإيجاب والقبول اللذين هما ركنا العقد .

مايشترط فى العاقدين : يشترط فى كل من العاقدين عقد الزواج أمران :

الأول : أن يكون أهلا لمباشرته ، وذلك بالعقل المميز ، فلا ينعقد الزواج بعبارة الصغير غير المميز والمجنون ومن يشبههما كالنائم والسكران ، فالمراد بالأهلية هنا الأهلية الأصلية ، وهى متحققة فى الصبى المميز وإن كانت غير كاملة ، أما الأهلية الكاملة التى تكون بالبلوغ فليست شرطا فى انعقاد الزواج ولا فى صحته .

الثانى : أن يسمع كل من العاقدين كلام الآخر ويفهم المراد منه ، وليس

بلازم فى هذا معرفة الأوضاع اللغوية ومعانى الألفاظ بالتفصيل ، إنما الواجب معرفة المقصود بتلك الألفاظ ، وأن المراد منها إنشاء الزواج ، فإذا كان الإيجاب بلغة والقبول بلغة أخرى ، وكان كلا المتعاقدين لا يعرف لغة صاحبه ولا يفهم المعنى اللغوى لعبارته ، ولكنه يعرف أن المقصود منها إيجاب العقد أو قبوله كان ذلك كافيا فى إنشاء الزواج . وهذا الشرط لا يلزم إلا إذا كان العقد حضوريا وأجرى بعبارات وألفاظ ، فإذا كان برسالة كتابية أو شفوية فإنه يكفى أحد العاقدين أن يعرف ما يريده صاحب الرسالة من كتابه أو على لسان رسوله . وكذلك إذا كان العقد حضوريا ولم يجر بألفاظ بأن كان أحد العاقدين أخرس أو أصم أو كان كلاهما كذلك فإنه يكفى كلا المتعاقدين معرفة غرض صاحبه من الكتابة أو الإشارة .

ما يشترط فى المعقود عليه : يشترط فى المعقود عليه عقد الزواج أن يكون محلا لإيراد ذلك العقد عليه ، وذلك يتحقق بأمرين :

الأول : أن تكون المعقود عليها أنثى محققة الأنوثة ، فلا ينعقد الزواج بالخنثى المشكل ، وهو الذى لا يتبين أمره فلا هو رجل حتى يلحق بالرجال ولا أنثى فيلحق بالإناث ، فلو أجرى عقد الزواج على خنثى مشكل كان عقداً باطلا من أساسه .

الثانى : ألا تكون المعقود عليها محرمة على الرجل تحريماً قطعياً لا شبهة فيه ولا خلاف لأحد من العلماء ، وذلك مثل زواجه بأخته أو عمته أو خالته .

ما يشترط فى العقد نفسه : يشترط فى العقد ذاته شروط هى :

(١) اتحاد مجلس الإيجاب والقبول . (٢) موافقة الإيجاب للقبول . (٣) عدم رجوع الموجب عن الإيجاب قبل القبول . (٤) أن تكون الصيغة صيغة تنجيز ، فلا يكون فيها تعليق على شرط مستقبل ولا إضافة

إلى الزمن المستقبل : والمراد بالشرط الأول وهو اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ألا يوجد من العاقدين أو أحدهما ما يدل على الإعراض عنه والاشتغال بغيره حتى يصدر القبول ، لأنه إن وجد ذلك يعد منهيا للإيجاب فلا يصادف القبول محله ، ولا ترتبط العبارتان ، وليس المراد باتحاد مجلسهما الفور ، وأن يكون القبول أثر الإيجاب فوراً ، لأنه لو طال المجلس وتراخى القبول عن الإيجاب ، ولم يصدر بينهما ما يدل على الاشتغال والإعراض فمجلسهما متحد ، وهذا إذا كان العقد بالمشافهة بين عاقدين حاضرين ، أما إذا كان العقد بين غائبين بطريق الكتابة أو الرسول فإن مجلس الإيجاب هو مجلس قراءة الغائب لكتاب أمام الشهود أو إسماعهم رسالة الرسول . وقد شدد الفقهاء كثيرا فى هذا الشرط وأوجبوا مراعاة الدقة فى تطبيقه حتى قالوا إذا كان المتعاقدان جالسين فوقف أحدهما بعد الإيجاب ولم يبرح المجلس ، ثم صدر القبول من صاحبه كان ذلك الوقوف فاصلا مانعا من الانعقاد ، وقالوا أيضا : إذا صدر الإيجاب والقبول من العاقدين وهما يمشيان فى الطريق أو كانا راكبين دابتين أو دابة واحدة فلا ينعقد العقد لاختلاف المجلس ، فإن السير يغير مجلس القبول عن الإيجاب ، واستثنوا من ذلك مسألة العقد فى سفينة تسير فى البحر ، فقالوا : إن سيرها لا يقطع اتصال القبول بالإيجاب ولا يمنع الارتباط من حيث إنه ليس فى استطاعة المتعاقدين وقف السفينة فى عرض البحر لإجراء العقد فى مجلس واحد . والمرجع فى موضوع اتحاد المجلس وتعدده هو ما يشهد به عرف الناس وأحوالهم وعاداتهم ، فما يعد فى العادة فصلا بين الإيجاب والقبول أو إعراضا عن الإيجاب قبل تحقق القبول فإنه يمنع من الانعقاد ــ أما الشرط الثانى وهو موافقة القبول للإيجاب ، فالمراد منه أن يتلاقى القبول والإيجاب فى المقصود ، فإن خالف القبول الإيجاب

فلا ينعقد العقد ، وذلك كأن يقول أبو المخطوبة للخاطب : زوجتك بنتى زينب ، فيقول الخاطب : قبلت زواج بنتك فاطمة ، وكأن تقول المرأة للرجل : زوجتك نفسى بمائة جنيه ، فقال : قبلت زواجك بعشرين قنطاراً من القطن فلا ينعقد العقد ، وكذلك لا ينعقد العقد إذا قالت المرأة للرجل : زوجتك نفسى بمائتى جنيه ، فقال لها : قبلت زواجك بمائة . أما إذا قالت زوجتك نفسى بمائة فقال قبلت زواجك بمائتين فإن العقد ينعقد . وكذلك إذا قال الرجل للمرأة تزوجتك على مائتى جنيه ، فقالت المرأة . قبلت زواجك بمائة فإن العقد ينعقد لأن هذا دليل تمام الاتفاق . أما الشرط الثالث ، وهو عدم رجوع الموجب عن الإيجاب قبل قبول العاقد الآخر ، فإن الرجوع عن الايجاب يبطله ، فإذا ورد القبول بعد ذلك كان وارداً على غير شيء فلا ينعقد به العقد والايجاب غير ملزم صاحبه إلا إذا استمر حتى ورد عليه القبول.

والشرط الرابع أن تكون الصيغة صيغة تنجيز فلا يكون فيها تعليق الزاوج على شرط مستقبل ولا إضافة إلى الزمان المستقبل فإذا علق الإيجاب على أمر فى المستقبل وربط وجوده بهذا الأمر ثم جاء القبول من الطرف الآخر على ذلك كان العقد باطلا سواء أكان المعلق عليه محقق الوجود فى المستقبل أم كان وجوده فى حيز الاحتمال . أما إذا جاء الإيجاب والقبول فى صورة تعليق أمر تحقق وجوده فى الزمن الماضى أو كان محقق الوجود فى وقت العقد بالفعل فلا يبطل العقد .

شروط صحة الزواج :

يشترط لصحة عقد الزواج ثلاثة شروط هى :

١ — الشهادة عليه .

٢ — المحلية الفرعية .

٣ — أن تكون الصيغة صيغة تأبيد ـ أما الشهادة على عقد الزواج فلكى يقع عقدا صحيحا شرعيا أما غيره من العقود والتصرفات فالشهادة فيه مندوبة فى رأى أكثر العلماء فالأمر الوارد بالأشهاد على البيع فى قوله تعالى: « وأشهدوا إذا تبايعتم » هو للندب وكذلك الأمر الوارد بالأشهاد على المداينة وكتابتها فى قوله عز وجل : « يأيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » والسر فى لزوم الشهادة على الزواج أن له شأنا عظيما فى نظر الإسلام وفى نظام الاجتماع لما يترتب عليه من المصالح الدينيه أو الدنيوية فهو جدير أن يظهر شأنه ويذاع أمره وأن يشهده الناس تكريما له وإعلاء لمكانته ولأن فى الشهادة عليه منعا للظنون والشبهات ودفعا لقالات السوء عن الزوجين عندما يرى الرجل مقيما مع المرأة فى عشرة واحدة وبالشهادة على عقد الزواج تكون التفرقة بين الحلال والحرام فلا يستطيع أصحاب المقاصد الخبيثة أن يتستروا بادعاء الزواج عندما تثبت عليهم المعاشرة غير البريئة وبالشهادة عليه يؤمن ألا يجحده أحد الزوجين هذا وقد اتفق الحنفية والشافعية والحنابلة على أن الشهادة لازمة فى ذات العقد عند إجرائه فلو أجرى العقد بدون شهادة كان فاسدا ـ والمالكية يشترطون الشهادة على العقد أيضا ولكنهم لايشترطون أن تكون الشهادة حين إجرائه وإنما يجوز عندهم أن تكون الشهادة عليه بعد العقد قبل الدخول فإن دخل الرجل بالمرأة من غير إشهاد على العقد كان عندهم زنا . ويشترط فى الشهود الذين يشهدون على عقد الزواج شروط هى :

١ — العقل فلا يصح العقد بحضور المجانين ومن فى حكمهم لأن حضورهم العقد لا يحقق معنى الإعلان المطلوب فى الزواج ولا يحصل به التكريم .

٢ — البلوغ فلا يصح العقد بحضور الصبيان ولو كانوا مميزين لأنه

لا يتحقق بحضورهم الإعلان ولا التكريم على الوجه الكامل الذى يكون بحضور الرجال البالغين .

٣ — الحرية فلا يصح العقد بشهادة الأرقاء سواء أكان رقهم كاملا أم كانوا مكاتبين أو مدبرين .

٤ — التعدد وأقل مراتبه رجلان أو رجل وامرأتان فلا يصح العقد بشهادة رجل واحد ولا بشهادة رجل وامرأة ولا بشهادة عدد من النساء مهما كثرن لأن المعهود فى الشريعة فى نصاب الشهادة ألا يكتفى فيه بأقل من رجلين أو رجل وامرأتين ولا يكتفى بشهادة النساء وحدهن إلا فى المواطن التى هى من الشئون الخاصة بالنساء .

٥ — الإسلام إذا كان كل من الزوجين مسلما فلا يصح زواج المسلم بالمسلمة إذ كان الشهود غير مسلمين . أما زواج غير المسلمين بعضهم ببعض فهو على ما يدينون فيه فهم يقرون على أمورهم فى ذلك وتصح عقودهم ولو بغير شهود أصلا إذا كانت دياناتهم لا تشترط الشهود فى صحة الزواج . أما إذا تزوج المسلم بالكتابية فيشترط نصاب الشهادة لكن هل يشترط إسلام الشهود ؟ ذهب الإمامان محمد وزفر إلى إشتراط إسلام الشهود أيضا لأن الشهادة هى على العقد أى على الإيجاب والقبول فهى شهادة على الرجل والمرأة معا والرجل مسلم ولا يجوز شهادة غير المسلم على المسلم وذهب الإمامان أبو حنيفة وأبو يوسف إلى جواز شهادة الكتابيين على زواج المسلم بالكتابية لأن الشهادة عندهما على المرأة وهى كتابية .

٦ — سماع الشهود كلام التعاقدين مع فهمهما المراد منه لأنه لا يتحقق معنى الشهادة على العقد ولا يتوافر له معنى التكريم والإعلان المطلوب إلا بذلك وعلى ذلك فلو سمع الشاهدان كلام أحد المتعاقدين فقط أو سمع شاهد أو شاهدان كلام أحد العاقدين وسمع شاهد آخر أو شاهدان آخران كلام

العاقد الثانى لم يصح العقـد وليس بلازم أن يفهم الشاهدان معانى الألفاظ التى يقولها العاقدان حسب الأوضاع اللغوية وإنما يكفى أن يفهما أن المقصود بها عقد الزواج . ويترتب على هذا الشرط أنه لو عقد العقد بحضرة شاهدين نائمين أو أصمين لا يسمعان شيئا من ركنى العقد أو كانا لا يفهمان المراد عما يسمعانه فلا تصلح شهادتهما ولا يصح بها العقد وكل هذا إنما يشترط فى العقد الحضورى أما إذا كان العقد غيابيا فقد تقدم ما يشترط فيه .

٧ ــ أن يكون سماع الشهود كلام المتعاقدين فى وقت واحـد حال صدوره فلو سمع أحدهما الإيجاب والقبول ولم يسمعهما الآخر ثم أعيد العقد بشطريه فى المجلس فسمعه هذا الثانى ولم يسمعه الأول لم يصح العقد بذلك .

وروى عن الإمام أبى يوسف القول بأنه متى كان المجلس واحـداً فإنه يصح العقد استحسانا .

هذا وليس من شروط صحة الشهادة على عقد الزواج أن يكون الشهود عـدولا فيصح العقد بحضور فاسقين أو محـدودين فى قذف سواء أتابا من جريمة القذف أم لا وذلك هو مذهب الحنفيه . أما عنـد الشافعية والحنابلة فالعـدالة شرط لصحة الشهادة على العقد ويكفى فيها ألا يكون الشهود معروفين بالفسق ويصح العقد بها سواء أكانت عدالته ظاهرة أم كان الشاهد مستور الحال . كذلك لا يشترط فى صحة الشهادة فى العقد أن يكون الشهود مبصرين بل يكفى معرفة الشهود للزوجين معرفة تحقق المطلوب من الأعلان والتكريم . ومعرفة الشهود للزوجين تتحقق بأن يعرفوا اسم كل منهما واسم أبيه وكذا بالإشارة إليها إن كانا حاضرين بل قال الفقهاء إذا كان رجلان لأحدهما بنت واحدة وللآخر ابن واحـد وكان ذلك معلوما للشهود فقال الأول للثـانى زوجت بنتى لابنك وقال الثانى قبلت زواجها له كان ذلك

تعريفا كافيا تصح معه الشهادة وإن كانا لم يذكرا إسمى الزوجين وكذلك لا يشترط أن يكون الشهود ممن لاترد شهادتهم للزوجين فى القضاء وعلى هذا يصح الزواج بشهادة أبوى الزوجين وبشهادة ابنى الزوج من امرأة أخرى وبشهادة ابنى الزوجة من رجل آخر وبشهادة ابن للزوج وابن للزوجة وكذا بشهادة ابنيهما جميعا وكذلك لا يشترط أن يكون الشهود ممن تقبل شهادتهم على الزوجين فى القضاء فإنه يصح العقد بشهادة عدو للزوجين أو لأحدهما . وإذا وقعت خصومة بين الزوجين كأن جحد أحدهما الزوجية وترافعا إلى القاضى قبلت شهادة ابن كل منهما عليه لا له فإذا كان الشاهدان ابنيهما جميعا فلا تقبل شهادتهما لتحقق التهمة .

الشرط الثانى : من شروط صحة الزواج أن تكون المرأة محلا للعقد عليها بالمعنى الخاص ويسميه بعض الفقهاء بالمحلية الفرعية وهى غير المحلية الأصلية التى اشترطت فى انعقاد الزواج فإذا لم تتحقق المحلية الفرعية كان العقد فاسدا وذلك بأن تكون المرأة محرمة على الرجل بدليل ظنى أو كان تحريمها مما يخفى أو يشتبه أمره أو كان مما يخالف فيه بعض العلماء وذلك كتزوج الأمة على الحرة وتزوج المعتدة من طلاق بائن وتزوج أخت المطلقة التى لا تزال فى العدة وكالجمع بين اثنتين إحداهما محرم للأخرى فالزواج فى هذه الحالات فاسد لانعدام المحلية الخاصة .

الشرط الثالث : أن تكون صيغة الإيجاب والقبول صيغة تأبيد بألا يكون فيها توقيت للزواج بمدة سواء أكانت معينه أم غير معينه طويلة أم قصيرة فإذا وقت الزواج بمدة كان فاسدا لأنه لا يقصد به حينئذ ما يقصد بالزواج الشرعى من المعاشرة الدائمه والتناسل والقرار لتربية الولد وإنما يقصد لحاجات وقتيه ينتهى بانتهائها وذلك مثل أن يقول الرجل لإمرأة

تزوجتك شهرا أو سنة أو يقول الغريب فى بلد لإمرأة تزوجتك مدة مقامى فى هذا البلد . وعند الإمام زفر أن النكاح المؤقت بوقت عقد شرط فيه شرط فاسد وحكمه أن يبطل الشرط ويبقى النكاح صحيحا إذا كان مستوفيا شرائط الصحة لأن النكاح كما هو مقرر لا يفسد بالشروط الفاسدة ويكون ذلك مثل عقد الرجل على امرأة مع اشتراط أن يطلقها بعد شهر أو بعد سنة إذ الصورتان فى المعنى سواء وما دام أئمة المذهب الحنفى يقولون فى الصورة الثانية إن العقد صحيح ويبطل الشرط فينبغى أن يكون الحكم كذلك فى الصورة الأولى وفرق جمهور أئمة المذهب بين الصورتين فقالوا إن التوقيت فى الصورة الأولى وقع جزءا من الإيجاب والقبول فيفسدهما لكنه فى الصورة الثانية مصاحب للإيجاب والقبول ومقارن لها وليس جزءا منهما فيلغوا الشرط الفاسد ويبقى الإيجاب والقبول وقد رجح بعض فقهاء المذهب قول زفر . هذا هو الحكم فى النكاح المؤقت .

نكاح المتعة : يعرفه الفقهاء بأنه الذى يكون بلفظ من مادة التمتع والمتعة والاستمتاع وليس فيه شهادة على العقد وذلك مثل أن يقول الرجل لامرأة أعطيك عشرين جنيها مثلا لا تمتع بك مدة شهر أو سنة فهو يخالف النكاح المؤقت فى أن النكاح المؤقت يكون بلفظ النكاح وبحضور شهود والفقهاء مجمعون على بطلان نكاح المتعة وعدم انعقاده متى كان بلفظ من مادة التمتع وذهب فريق من الشيعة إلى القول بصحته مستندين إلى أنه كان مباحا فى صدر الإسلام فقد أباحه النبي صلى الله عليه وسلم فى بعض غزواته للحاجة إليه وكان يقول بجوازه بعد ذلك عبد الله بن عباس وبعض الصحابة فيبقى على الأباحة فى مثل حالات الضرورة التى كان مباحا فيها ويستدلون أيضا على جوازه بقوله تعالى « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة »

إذ قد أوجبت على الرجل إعطاء أجر للمرأة فى مقابلة الاستمتاع بها والأجر غير المهر والاستمتاع غير الزواج المعروف فكان ذلك تقريرا لجواز المتعة ولكن هذه الآية لا تصلح دليلا لأن المتعة لم تبح أول الأمر إلا للضرورة القاهرة فى بعض الغزوات ثم نهى النبي صلى الله عليه وسلم ونسخها بقوله صلى الله عليه وسلم فى خطبه له بعد فتح مكة (يأيها الناس إنى كنت قد أذنت لكم فى الاستمتاع من النساء وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة فمن كان عنده منهن شيء فليخل سبيله ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا ، وأكد هذا النهى فى حجة الوداع فقد روى أحمد وأبو داود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حجة الوداع نهى عن نكاح المتعة . وقد قال بعض الفقهاء إن ابن عباس كان يقول بحل نكاح المتعة حتى خلافة عبدالله ابن الزبير ثم رجع عن ذلك فقد روى الترمذى عنه قوله : إنما كانت المتعه فى أول الإسلام كان الرجل يقدم البلدة ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه مقيم فتحفظ له متاعه وتصلح له شأنه حتى نزلت الآية « إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » قال ابن عباس فكل فرج سواهما فهو حرام . ومعنى هذا أن ابن عباس قد استقر له الرأى أخيراً أن الحكم فى المتعة هو على ما رواه عنه الترمذى : أما قولة تعالى : « فما استمتعتم به منهنّ فآتوهنّ أجورهنّ فريضة » فهى فى الزواج الشرعى والزوجات الشرعيات بدليل الآيات قبلها والآيات بعدها : « وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » . والأجور فى الآية المراد منها المهور وقد عبر القرآن الكريم فى غير هذه الآية عن المهور بالأجور « فانكحوهن بإذن أهلهن وآتوهن أجورهن » ، وقوله تعالى فى سورة المائدة : « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن» وقوله تعالى فى سورة الأحزاب : « يأيها النبي إنا أحللنا

لك أزواجك اللاتى آتيت أجورهن . والمراد بالاستمتاع التمتع الكامل بالدخول بالزوجة الشرعية وليس المراد المتعة التى حرمها الإسلام .

شروط النفاذ : هى التى تشترط لنفاذ عقد الزواج وعدم توقفه على إجازة أحد بعد انعقاده وصحته وهى اثنان :

١ — أن يكون كل من العاقدين كامل الأهلية بالعقل والبلوغ والحرية فإن كان واحد منهما ناقص الأهلية بأن كان معتوها مميزاً أو صغيراً مميزاً أو عبداً فإن عقده الذى يعقده بنفسه إذا استوفى شروط الإنعقاد والصحة ينعقد صحيحا موقوفا على أجازة الولى أو المالك فإن أجازه نفذ وإن لم يجزه بطل والمراد من الولى ولىّ النفس لا ولىّ المال فلوجود أصل الأهليه فى العاقد بوجود التميز كان العقد منعقدا ولنقصها بسبب العته أو الصغر أو الرق كان موقوفا ليتسنى للولى عليهم أن يتدارك منع الضرر عنهم .

٢ — أن يكون كل من العاقدين ذا صفة تخول له أن يتولى العقد وتجعل له الحق فى مباشرته بأن يكون أحد الزوجين أو وكيلا عنه أو ولياً عليه فلو كان أحد العاقدين فضوليا باشر العقد لا بوكالة عن أحد الزوجين ولا بولاية عنهما أو كان وكيلا ولكن خالف فيما وكّل فيه أو كان ولياً ولكن يوجد ولى أقرب منه مقدم عليه كان عقد أى واحد من هؤلاء إذا استوفى شروط الإنعقاد والصحة منعقدا صحيحا موقوفا على أجازة صاحب الشأن : وإذا تولى العقد اثنان وكان أحدهما أو كلاهما فضوليا كان العقد موقوفا بالإتفاق . أما إذا تولاه واحد هو فضولى من الجانبين أو من جانب واحد كان العقد موقوفا أيضا عند أبى يوسف وغير منعقد عند الإمام أبى حنيفه و الإمام محمد لعدم اتحاد مجلس الإيجاب والقبول ، ومنشأ الخلاف هو هل عبارة هذا الواحد عقد تام أو شطر عقد .

شروط اللزوم : المراد بها الشروط التى تلزم لدوام العقد واستمراره من غير أن يكون لأحد حق الاعتراض عليه وهى تختلف باختلاف المسائل والأحوال .

الحالة الأولى : إذا تولت المرأة كاملة الأهلية زواجها بنفسها أو بتوكيل منها فيشترط فى لزوم هذا العقد أن يكون زوجها كفئا لها فيما هو معتبر فى الكفاءة شرعا فإذا تحققت هذه الكفاءة لزم العقد أولياءها وهم عصبتها وليس لهم حق الاعتراض على العقد . أما إذا تزوجت من غير كفء فلا يلزمهم العقد ولهم رفع الأمر إلى القاضى لفسخه ولا يعتبر هذا العقد طلاقا بل هو رفع للعقد من أساسه فإذا لم يحصل دخول ولا خلوة صحيحة قبل فسخه لم يترتب عليه بعد الفسخ شىء من الآثار فلا يجب فيه مهر ولا يثبت ميراث إذا مات أحد الزوجين أما قبل القضاء بفسخه فإنه يترتب عليه جميع الآثار لأنه عقد صحيح نافذ فإن حصل دخول أو خلوة صحيحة وجب جميع المهر المسمى وثبت به حق التوارث ووجبت العدة على المرأة بعد العزم وثبت نسب الولد من الرجل وحق الأولياء فى الاعتراض من الزواج بغير كفء يثبت لهم ما لم تلد المرأة أو يظهر عليها الحمل فإن سكتوا حتى وضعت أو ظهر حملها لم يكن لهم حق الاعتراض محافظة على الولد ، وإذا لم يكن للمرأة التى تزوجت بغير كفء أحد من الأولياء العصبة وقع عقدها لازما من أول الأمر وفى رواية عن أبى حنيفة أن المرأة إذا زوجت نفسها من غير كفء لم يقع صحيحا من أول الأمر حتى أنها لو كانت مطلقة ثلاثا وتزوجت بغير كفء ودخل بها لم تحل بذلك للزوج الأول .

الحالة الثانية : إذا زوجت المرأة كاملة الأهلية نفسها اشترط فى لزوم العقد أن يكون بمهر أمثالها فإن تزوجت بمهر ينقص نقصانا فاحشا عن مهر

المثل لم يلزم هذا العقد الأولياء ولهم رفع الأمر إلى القاضى ليكمل لها مهر المثل أو يفسخ العقد ويكون ذلك رفعا للعقد من أساسه . أما النقصان اليسير فيغتفر .

الحالة الثالثة : إذا كان الزوجان صغيرين مميزين أو غير مميزين فيشترط للزوم هذا العقد أن يتولاه الأب أو وكيله أو الجد لأب أو وكيله فهذا العقد يلزم الصغير ، الصغيرة إذا بلغا وليس لهما حق خيار البلوغ ولو كان الزواج بغير كفء أو بأقل من مهر المثل لأن الشأن فى الأب والجد ألا يتساهلا فى الكفاءة والمهر إلا لمعنى هو أسمى من ذلك عندهما وذلك لكمال شفقتهما بالصغير والصغيرة وتحريهما فى التخير لهما : هذا إذا كان الأب والجد غير معروفين بفساد الرأى فإن كانا معروفين بذلك فإن تزويجهما الصغير أو الصغيرة بغير كفء وبأقل من مهر المثل لا يقع صحيحا : فإن لم يكن للصغير ولا للصغيرة أب ولا جد وزوجهما ولى غيرهما وكان ذلك من كفء وبمهر المثل كان العقد غير لازم لهما فلهما خيار البلوغ فإذا بلغا وعلما بالعقد فرضيا به لزمهما وإن لم يرضيا به رفعا الأمر للقاضى ليفسخه وقال أبو يوسف إن تزويج غير الأب والجد للصغير والصغيرة لازم كتزويج الأب والجد .

الحالة الرابعة : إذا كان الزوجان أو أحدهما مجنونا أو معتوها ملحقا به فشرط لزوم العقد عليهما أن يكون المزوج هو الأب أو الجد أما إذا كان غيرهما فلا يكون العقد لازما لهما بل لهما الخيار عند الإفاقة .

الحالة الخامسة : تزويج السيد أمة وشروط لزوم هذا العقد بقاؤها مملوكة فإن عتقت كان لها الخيار إن شاءت بقيت على الزوجية وإن شاءت فسخت العقد ولا يتوقف فسخ هذا العقد على قضاء القاضى ، أما إذا كان المملوك

رجلا فزوجه السيد ثم عتق فليس له حق الفسخ بل العقد لازم له من أول الأمر وسر التفرقة بينه وبين المملوكة فى أن لها الخيار بعد العتق دونه أن الرجل إذا لحقه ضرر فيستطيع التخلص منه بالتطليق ولا كذلك المملوكة .

أحكام الزواج

يطلق الفقهاء الحكم على ثلاثة أنواع :

الأول : صفة الشيء الشرعية من جهة كونه مطلوب الفعل أو الترك ، وذلك يشمل الفرضية والوجوب والسنية والحرمة والكراهة ، فيقولون مثلا : الزواج فى حالة تيقن الوقوع فى الفاحشة بعدمه حكمه الفرضية ، ويسمى الحكم فى هذا النوع « حكما تكليفيا » نسبة إلى التكليف من الشارع بالفعل أو الترك :

الثانى : الوصف الشرعى الذى يوصف به العقد من حيث اعتداد الشارع به وترتب آثاره عليه وعدم ذلك بسبب استيفاء العقد لأركانه وشروطه الشرعية وعدم استيفائه ، والحكم يسمى بهذا الاصطلاح « حكما وضعيا » نسبة إلى وضع الشارع أركان الشيء وشروطه وجعلها مفيدة للآثار المترتبة عليه ، فيتناول الحكم بهذا المعنى الصحة والنفاذ واللزوم والوقف والفساد والبطلان ، فيقال : حكم هذا الزواج أنه صحيح نافذ لازم ، أو صحيح نافذ غير لازم ، وهكذا .

الثالث : الأثر المترتب على العقد شرعا ، وهذا المعنى هو المراد من الحكم هنا ، فيقال : حكم الزواج حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر ، وحكم البيع نقل ملكية المبيع إلى المشترى وملكية الثمن إلى البائع : وأحكام الزواج وآثاره تترتب على تحقيق صفة من صفات النوع الثانى التى هى الصحة والنفاذ

والبطلان . ما إليها ، فالآثار تختلف باختلاف تلك الصفات ، فآثار الصحيح غير آثار الفاسد ، وآثار النافذ غير آثار الموقوف على حسب ما يأتى .

حكم الزواج التام :

وهو الذى استوفى أركانه وشروط صحته ونفاذه ولزومه ما يأتى :

١ ـ أنه يحل به ما كان ممنوعا من الاستمتاع بين الزوجين .

٢ ـ يجب به المهر المسمى للزوجة على زوجها . وهذا المهر واجب كله بالعقد ، غير أن نصفه متقرر بالعقد من أول الأمر ، والنصف الآخر يتقرر ويتأكد بالدخول وما فى حكمه من الخلوة الصحيحة وبموت أحد الزوجين .

٣ ـ تجب به النفقة للزوجة على زوجها ، وهى الطعام والكسوة والسكنى وتختلف بحسب حال الأزواج .

٤ ـ تثبت به حرمة المصاهرة وهى حرمة أصول الزوج وفروعه على الزوجة ، وحرمة أصول الزوجة وفروعها على الزوج على حسب ما سيأتى .

٥ ـ يثبت به حق التوارث بين الزوجين إذا مات أحدهما حال قيام الزوجية أو ما فى حكمها .

٦ ـ يثبت به نسب الأولاد من الزوج ، إذ يتحقق بالعقد المستوفى لشرائطه الفراش الشرعى الصحيح ، فكل ولد يأتى على هذا الفراش ينسب إلى أبيه صاحب الفراش ، إلا أن ينفيه بطريق الملاعنة .

٧ ـ يجب به على كل من الزوجين إحسان عشرة الزوجية ومراعاة العدالة فيها ، فعلى الزوجة طاعة زوجها ، وإصلاح أمر أولادها ، والعناية ببيتها .

أحكام الزواج النافذ :

هى بعينها أحكام الزواج اللازم ، ولا فرق بينهما إلا من جهة أن الزواج

اللازم لا يملك أحد حق فسخه أو الاعتراض عليه ، أما النافذ غير اللازم فقد يثبت فيه هذا الحق ، وذلك فى حالات سبق بيانها .

حكم الزواج الموقوف :

الزواج الموقوف وهو الذى يباشره من ليست له ولاية شرعية ينفذ بها عقده ، وتترتب بها الآثار عليه حكمه هو ماقاله ابن عابدين : « وحكم الدخول فى الزواج الموقوف كالدخول فى الفاسد فيسقط الحد ويثبت النسب ويجب الأقل من المسمى ومهر المثل ، وذلك لأن الزواج الموقوف استوفى شرائط انعقاد وصحته ، فما دام موقوفا ، أى ما دام لم يجزه الولى ولم يبطله تترتب على الدخول الحقيقى فيه الآثار الأربعة التى تترتب على الدخول الحقيقى فى الزواج الفاسد ، فإذا زوج المعتوه مثلا نفسه وقبل أن يرد وليه هذا الزواج أو يجيزه دخل بزوجته ترتب على هذا الدخول وجوب العدة على الزوجة بعد المتاركة . ووجوب المهر على الزوج . وثبوت النسب . وحرمة المصاهرة أما بعد أن يرد وليه هذا الزواج فإنه يكون فاسدا .

حكم الزواج الفاسد :

الزواج الفاسد هو الذى فقد شرطا من شروط الصحة ، وذلك كالعقد بغير شهود ، وكتزوج الأمة على الحر ، وحكمه أنه لايحل فيه الدخول بالمرأة ولا يترتب على العقد ذاته شيء من آثار الزوجية ، فإن دخل الرجل بالمرأة بناء على هذا العقد الفاسد كان معصية ووجب تعزيرهما والتفريق بينهما ، ويترتب على الدخول ما يأتى :

١ ـ درء حد الزنى عنهما لوجود الشبهة .

٢ ـ وجوب الأقل من المهر « المسمى ومهر المثل » خلافا لزفر فإنه قال يجب فيه مهر المثل بالغا ما بلغ لفساد التسمية بفساد العقد .

٣ ـ ثبوت حرمة المصاهرة .

٤ ـ وجوب العدة على المرأة وابتداؤها من وقت متاركة الزوجين أحدهما للآخر إن تفرقا باختيارهما ، ومن وقت تفريق القاضى بينهما إن لم يتفرقا اختيارا ، وتعتد المرأة عدة طلاق حتى فى حالة وفاة الرجل ، لأن عدة الوفاة لا تكون إلا فى الزواج الصحيح .

٥ ـ يثبت فيه نسب الولد من الرجل إذا حصل حمل من ذلك الدخول .
ولا يثبت فيه غير ذلك من الأحكام ، فلا يثبت فيه توارث بين الرجل والمرأة ، ولا تجب فيه نفقة لها عليه ، ولا تجب عليها طاعة ، وكل هذه الأحكام إنما تثبت فى حالة الدخول الحقيقى ـ أما فى حالة الخلوة ولو كانت صحيحة فلا يترتب شىء من هذه الأحكام ـ ومن هذا يتبين أن أحكام الزواج الفاسد هى أحكام الزواج الموقوف .

حكم الزواج الباطل : الزواج الباطل هو الذى فقد شرطا من شروط الإنعقاد التى تقدم ذكرها وحكمه أنه لا يترتب عليه شىء من الآثار التى تترتب على العقد الصحيح فلا يحل به دخول ولا غيره ولا تجب فيه نفقة ولا طاعة ولا يثبت به توارث ولا مصاهرة ولا يقع فيه طلاق لأن الطلاق فرع وجود زواج صحيح ويندرج تحت العقد الباطل ما يأتى :

١ — زواج عديم الأهلية إذا باشر العقد بنفسه كالمجنون والمعتوه الملحق به .

٢ — عقد الرجل على امرأة محرمة عليه تحريما قطعيا لاخلاف فيه لأحد من العلماء وليس مما يشتبه الأمر فيه على عامة الناس من حيث أن العلم به يكاد يكون من الضروريات وذلك كالعقد على الأم أو البنت أو الأخت .

٣ — عقد غير المسلم على المسلمة لانعدام هـذه المحلية . وإذا حصل دخول فى هذا الزواج فلا تأثير له على العقد فلا يرفع البطلان ويجب التفريق بين الرجل والمرأة جبرا إن لم يتفرقا اختيارا . وإذا كانا عاقلين بالغين عالمين بالتحريم فأنه يجب عليهما حد الزنى ولا تستحق المرأة مهراً ولا تجب عليها عدة بعد التفريق ولا يثبت نسب الولد الذى يولد من هذا الدخول كما لا يثبت شىء من بقية أحكام الزواج عند أبى يوسف ومحمد . أما الإمام أبو حنيفة فيقول إن ذلك العقد الباطل له صورة العقود . وهذه الصورة تورث شبهة تكفى لدرء الحد فإن الحدود لا تدرأ بالشبهات ومتى سقط الحد وجب مهر المثل بالغا ما بلغ . وهـذا بناء على أن زواج المحارم باطل عنده وهناك نقل عنه بأن نكاح المحارم فاسد فتترتب عليه أحكام النكاح الفاسد التى تقدم ذكرها .

المحرمات من النساء

تقدم أن من شروط صحة الزواج أن تكون المعقود عليها غير محرمة على من يريد التزوج بها بأى سبب من أسباب التحريم ، وأسباب التحريم إما مؤبدة وإما مؤقته ويبنى على ذلك أن المحرمات قسمان : قسم يحرم التزوج به حرمة مؤبدة لا تزول فى حال من الأحوال لأن سبب التحريم فيه ثابت ملازم وقسم يحرم التزوج به حرمة مؤقته تبقى مادام سببها قائما فإذا زال انتهت الحرمة . والقسم الأول أصناف ثلاثة :

الصنف الأول : المحرمات بسبب النسب والمراد به هنا القرابة ويعبر عن صاحبها بذى الرحم المحرم .

الصنف الثانى : المحرمات بسبب المصاهرة وهى التى تترتب على علاقة الزوجية وما يلحق بها .

الصنف الثالث : المحرمات بسبب الرضاع .

فالمحرمات لسب النسب طوائف أربع :

١ — الأصول وهن أم الإنسان وجداته من قبل أبيه أو أمه مهما علون .

٢ — الفروع وهن بناته وبنات أولاده وإن نزلن .

٣ — فروع أبويه وهن إخواته مطلقا شقيقات وغير شقيقات وبنات إخوته وإخواته كذلك وبنات أولاد الإخوة والأخوات وهكذا مهما نزلن .

٤ — فروع أجداده بمرتبة واحدة وهن العمات والخالات لا غير سواء أكن عمات وخالات للشخص نفسه أم كن عمات وخالات لأبيه أو أمه أم لأحد أجداده وجداته : أما ما دون العمات والخالات من المراتب فلسن من المحرمات .

والمحرمات بالمصاهرة أربع طوائف .

١ — أم الزوجة وجدتها وأم جدتها وإن علون سواء أكان هناك دخول بالزوجة أم لم يكن .

٢ — الربيبة وهى بنت الزوجة تحرم هى وبناتها وبنات أولادها وإن نزلن إذا إذا حصل دخول بالزوجة فإن لم يحصل دخول فلا تحرم الربيبة ولا أحد من فروعها على ذلك الزوج .

٣ — زوجة الأب أو الجد مطلقا وإن علا فإنها حرام على الابن وابنه وإن نزل سواء أكان هناك دخول أم لا .

٤ — زوجة الابن وابن الابن وابن البنت وإن نزلوا فإنها حرام على الأب

والجد وإن علا متى كانت البنوة صلبية وليست بطريق التبنى إذ أن زوجة المتبنى لا تحرم على من تبناه إذا فارقها أو مات عنها فإن الإسلام قد هدم تبنى الجاهلية وألغى أحكامه. هذا ويلحق بالزوجة المعقود عليها عقدا صحيحا فى الحكم بحرمة المصاهرة على الوجه المتقدم ثلاث طوائف أخرى من النساء.

الأولى: المملوكة بملك اليمين إذا خالطها سيدها فإنه تثبت بذلك حرمة المصاهرة فتحرم عليه أمها وجداتها وإن علون كما يحرم عليه بناتها وبنات أولادها وإن نزلن وكذلك تحرم المملوكة نفسها على أصول سيدها مهما علوا وعلى فروعه مهما نزلوا.

الثانية: المعقود عليها عقداً فاسداً إذا حصل فيه دخول إذ أن الدخول فى العقد الفاسد تترتب عليه بعض أحكام الزوجية الصحيحة ومنها حرمة المصاهرة فيحرم على المرأة أصول الرجل وفروعه كما يحرم عليه أصولها وفروعها.

الثالثة: المدخول بها فى شبهة كامرأة زفت إلى الزوج وليست هى المعقود عليها فإنه بهذا الدخول تثبت حرمة المصاهرة. أما المخالطة بطريق الزنى الصريح فقد أثبت بها الحنفية حرمة المصاهرة بجميع وجوهها بل قالوا إن مجرد مس المرأة بشهوة توجب حرمة المصاهرة وخالفهم غيرهم من الفقهاء فلم يثبتوا بالزنى واللمس حرمة المصاهرة.

المحرمات بسبب الرضاع: يحرم بالرضاع كل ما يحرم بالنسب والمصاهرة إلا فى مسائل قليلة وعلى هذا تكون المحرمات بسبب الرضاع ثمانى طوائف.

الأولى: الأم من الرضاعة والجدات كذلك مهما علون

الثانية : البنت من الرضاعة وبنات الأولاد كذلك مهما نزلن .

الثالثة : فروع الأبوين وهن الأخوات من الرضاعة وبنات الأخوة وبنات الأخوات كذلك مهما نزلن .

الرابعة : فروع الأجداد والجدات بمرتبة واحدة وهن العمات والخالات من الرضاعة وعمات الأبوين والأجداد والجدات كذلك مهما علون بخلاف بنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات من الرضاعة .

الخامسة : أم الزوجة وجداتها من الرضاعة مهما علون سواء أكان هناك دخول بالزوجه أم لم يكن .

السادسة : بنت الزوجه من الرضاعة وبنات أولادها كذلك مهما نزلن إذا كانت الزوجة مدخولا بها فإن لم يكن دخول بها فلا تحرم فروعها من الرضاع على الزوج كما هو الحال فى النسب .

السابعة : زوجه الأب من الرضاع وزوجه الجد مهما علا كذلك سواء أكان دخول بالزوجه أم لم يكن .

الثامنة : زوجة الإبن من الرضاع وزوجة ابن الإبن وابن البنت كذلك مهما نزلوا سواء أكان دخول بالزوجة أم لم يكن ـ وتحريم الطوائف السابقة ثابت بأدلة من الكتاب أو السنه أو بإجماع الفقهاء الذى لا بد أن يكون مستندا إلى دليل . فقد جاء تحريم أصول الإنسان وفروعه وفروع أبويه وفروع أجداده من النسب فى قوله تعالى « حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت » . فكلمة الأمهات فى الآية تتناول الجدات لغة فإن الأم فى اللغة تطلق على الأصل ومن ذلك قوله تعالى « هو الذى أنزل عليك الكتاب منه آيات محكمات هن

أم الكتاب وأخر متشابهات ، فقد جعلت الآيات المحكمات أما للكتاب أى أصلا وأساسا يرجع إليه فى تأويل المتشابهات وبيان المراد منها . وكلمة البنت قد تطلق لغة على الفرع متناول فى الآية بنات الأولاد مهما نزلن : وأيضا فإن الآية تدل على تحريم الجدات ومن فوقهن وتحريم فروع البنات والأبناء دلالة وبطريق الأولوية فإنه قد نص فيها صراحة على تحريم العمات والخالات وهن أبعد من الجدات ونص أيضا على تحريم بنات الأخ وبنات الأخت وهن أبعد من بنات الابن وبنات البنت :كما دل الإجماع على تحريم الجدات ومن فوقهن وعلى تحريم فروع الأبناء والبنات وعلى تحريم عمات الأصول وخالاتهم مهما علون وتحريم فروع الأخوة والأخوات مهما نزلن وجاء التحريم بالرضاعة فى قوله تعالى « وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة » فقد دلت الآية على تحريم أصول الشخص وفروع أبويه .

أما الطائفتان الأخريان وهما فروعه وفروع أجداده فقد دل على تحريمهما الإجماع وقوله صلى الله عليه وسلم (يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب) ودل بقوله تعالى : « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء » وقوله تعالى « وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » فقد دلت الآية على أنه يحرم على الرجل أن يتزوج بمن كانت زوجة لأبيه وذلك يشمل زوجة الجد وأبى الجد مهما علا لأن اسم الأب يطلق فى اللغة على الجد كما يطلق على الأب المباشر وقد دل الإجماع أيضا على حرمة زوجات الأجداد مهما علوا .

أما الآية الثانية فقد أفادت ثلاثة أمور :

١ — حرمة أصول الزوجة على الزوج .

٢ — حرمة فروعها عليه .

٣ — حرمة زوجات الفروع .

غير أنها أطلقت الحكم بالنسبة لحرمة التزوج بأم الزوجة فلم تقيدها بالدخول بهذه الزوجة فسيبقى الحكم فى ذلك على إطلاقه ويكون حراماً على الرجل أن يتزوج بأم زوجته مطلقا دخل بها أو لم يدخل وليس الحال كذلك فى تحريم فروع الزوجة فأنه مقيد فى الآية صراحة بغير الدخول بالزوجة وعلى ذلك فلا يحرم على الرجل أن يتزوج ببنت امرأته أو ببنت فرع من فروعها إذا كان قد فارق امرأته قبل الدخول بها .

ووصف الربائب بكونهن فى الحجور ليس شرطا فى التحريم ، فإن الربيبة حرام على زوج أمها سواء أكانت فى حجره ورعايته أم كانت بعيدة عنه تربى فى رعاية شخص آخر ، وهذا هو صريح الآية : « فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم » وقد جاء هذا الوصف على ما هو الشأن والغالب فى أن الربيبة تكون فى حجر زوج الأم ، وقد أفاد قوله تعالى : « وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم » حرمة التزوج بزوجة الابن بعد أن يفارقها أو يموت عنها ، وقد قيد هذا التحريم بقيد أن يكون الأبناء صلبين ، وهو قيد معتبر لإفادة أن زوجة المتبنى لا تحرم على من تبناه ، وزوجة الابن من الرضاعة حرام على الأب كزوجة الابن من النسب باتفاق جمهور الفقهاء ، ومنهم الأئمة الأربعة استناداً إلى الحديث المشهور : « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب »

المحرمات مؤقتاً :

ومن المحرمات تحريماً مؤقتا يبقى ما بقى سببه ، فإذا زال السبب زال التحريم وهو يشمل ما يأتى :

١ — المرأة المتزوجة فلا يحل لأحد أن يعقد عليها ما دامت متزوجة لتعلق حق الغير بها سواء أكان زوجها مسلما أم غير مسلم ودليل التحريم قوله تعالى : « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم » فإن المراد بالمحصنات هنا المتزوجات وقد استثنت الآية المملوكات بملك اليمين وهن المسبيات فى الحرب وقد كن متزوجات إذا وقع السبي عليهن وحدهن من غير الأزواج فالمرأة ذات الزوج فى دار الحرب إذا سبيت وحدها فقد وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بسبب اختلاف الدار فيحل التزوج بها .

٢ — المعتدة فلا يحل لغير من فارقها أن يعقد عليها ما دامت فى العدة لتعلق حق الغير بها ويستوى فى ذلك أن تكون العدة عدة وفاة أو عدة طلاق أو عدة فرقة بعد الدخول بناء على نكاح فاسد أو بشبهة لكن يجوز لمن فارق المرأة أن يتزوجها وهى معتدة منه .

٣ — المرأة الحامل إذا كان حملها ثابت النسب من الغير كالحامل من سيدها فلا يحل لأحد أن يعقد عليها مراعاة لحرمة نسب الولد فأما إذا كان الحمل غير ثابت النسب كالحمل من الزنى فلا يحرم معه العقد على الحامل لكن يحرم الدخول بها حتى تضع الحمل وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وزفر إنه لا يحل معه العقد على هذه الحامل أيضا إلحاقا لها بالحامل بثابت النسب والعقد عليها لا يفيد شيئا ما دام لا يحل معه الدخول .

٤ — المطلقة ثلاثا بالنظر إلى مطلقها : فلا يحل لهذا المطلق أن يعقد عليها حتى تتزوج بعد انقضاء عدتها منه بزوج آخر زواجا صحيحا شرعا ويدخل الزوج الثانى دخولا حقيقيا ثم يطلقها أو يموت عنها وتنقضى عدتها منه .

٥ — المرأة التى ليس لها دين سماوى : فلا يحل للمسلم التزوج بامرأة

ملحدة تنكر الأديان ولا تعترف بألوهية. كذلك لا يحل له التزوج بمشركة تعبد مع الله غيره من الإنسان والحيوان والجماد لقوله تعالى: «ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن. ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم». ويلحق بالمشركة المرتدة عن دين الإسلام فإنها بارتدادها تعتبر غير ذات دين ولو كان خروجها من الإسلام إلى اليهودية أو النصرانية فإنها لا تقر على هذا الخروج بل تحبس حتى تكون منها توبة أو تموت. أما إذا كانت المرأة كتابية ذات دين سماوى كاليهودية والمسيحية تعبد الله وحده على ما جاء به ذلك الدين السماوى فإنه يحل للمسلم أن يتزوج بها لقوله تعالى: «أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامكم حل لهم والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم» والمراد بالمحصنات العفيفات.

٦ — الأخت على أختها وكل امرأة تضم إلى زوجة أخرى محرم لها فيحرم على المتزوج بامرأة أن يتزوج بأختها سواء أكانت شقيقة لها أم كانت أختا لها من أبيها أو من أمها لما فى ذلك من قطيعة الرحم بسبب ما يكون بين الضرتين من الغيرة الموجبة للبغض والحقد وقد نهى عنه صريحا فى الآية الكريمة «وأن تجمعوا بين الأختين». ويحرم بالطريق الأولى أن يجمع بين امرأة وبنتها. قد فهم العلماء من علة تحريم الجمع بين الأختين أنه يحرم الجمع بين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها بل قالوا إن هذا الجمع أفحش من الجمع بين الأختين هذا إلى أنه قد وردت السنة صريحة بالنهى عن الجمع بين البنت وعمتها أو خالتها بقوله صلى الله عليه وسلم (لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها) ومع هذا قال بعض العلماء إنه لا يحرم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها من حيث إن القرآن لم يصرح إلا بتحريم الجمع بين الأختين لكن هذا قول ضعيف. والمرأتان اللتان يحرم الجمع بينهما

هما اللتان لو فرض أن كلا منهما رجل لا يحل له الزواج بالأخرى كالبنت وعمتها أو خالتها فلا بد لحرمة الجمع بين المرأتين أن يكون تحريم الزواج بينهما ثابتا فى حالتى افتراض الذكورة فى الجانبين جميعا ، أما إذا لم تثبت حرمة الزواج إلا على افتراض الذكورة فى جانب واحد فلا يحرم الجمع بين المرأتين وذلك كالمرأة وبنت زوج كان لها من قبل فإذا كانت هـــذه المرأة خالية الأزواج جاز أن يجمع فى الزواج بينها وبنت زوجها الأول فإن المرأة لو فرضت رجلا فإنه يجوز له التزوج بتلك البنت وإن كانت البنت لو فرضت رجلا لم يحل له أن يتزوج بتلك المرأة لأنها زوجة أبيه . وخالف فى هذا الإمام زفر فقال بحرمة الجمع بين المرأة وبنت زوجها إذ يكفى عنده فى حرمة الجمع بين المرأتين ثبوت حرمة الزواج فيما بينهما على فرض الذكورة من جانب واحد . وكما يحرم الجمع بين الأختين وبين كل محرمين يحرم أيضا أن يتزوج بالأخت أو بالمحرم إذا كان قد طلق امرأته ولا تزال فى العدة لأن للعدة حكم الزواج القائم من بعض الوجوه كوجوب النفقة على المطلق وثبوت نسب الولد منه إن كان هناك حمل سواء أكانت العدة من طلاق رجعى أم كانت من بائن بينونة كبرى أم صغرى وقال الشافعية لا مانع من وزاج أخت المطلقة أو محرمها فى عدة هذه المطلقة إذا كان الطلاق بائنا بينونة صغرى أو كبرى .

حكم زواج الأختين ومن يلحق بهما :

الجمع بين الأختين محرم إجماعا على ما سبق بيانه فلو أقدم رجل على الجمع بين المحرمين وتزوج الأختين مثلا فأما أن يتزوجها بعقد واحد أو بعقدين فإن تزوجها بعقد واحد وليس بواحدة منها مانع فسد عقده عليهما وتجرى على هذا العقد أحكام الزواج الفاسد فيجب الافتراق على المتعاقدين وإلا فرق

بينهما القضاء وإذا حصل التفريق قبل الدخول فلا مهر لواحدة منهما ولا يترتب على مجرد هذا العقد أثر وإن حصل بعد الدخول فللمدخول بها مهر المثل أو الأقل من مهر المثل والمسمى ويترتب على الدخول بها سائر الآثار التي تترتب على الدخول بعد الزواج الفاسد. أما إذا كان بإحداهما مانع شرعي بأن كانت زوجة غيره أو معتدته مثلا والأخرى ليس بها مانع فإن العقد بالنسبة للخالية من المانع صحيح وبالنسبة للإخرى فاسد تجرى عليه أحكامه وإن تزوجها بعقدين متعاقبين واستوفى كل واحد من العقدين أركانه وشروطه وعلم أسبقهما فهو الصحيح واللاحق فاسد وإن استوفى أحدهما فقط شروط صحة فهو الصحيح سواء أكان السابق أم اللاحق. وإن لم يعلم أسبقهما أو علم ونسى كأن يوكل رجلين بتزويجه فيزوجانه من اثنتين يتبين أنهما أختان ولا يعلم أسبق العقدين أو علم ونسى فالعقدان غير صحيحين لعدم المرجح وتجرى عليهما أحكام الزواج الفاسد.

٧ — الزوجة الملاعنة: وهى التى قذفها زوجها بالفجور أو نفى نسبة ولدها إليه فترافعا إلى القاضى وتلاعنا أمامه فحلف كل منهما الأيمان الواردة فى سورة النور فى موضوع اللعان ثم فرق القاضى بينهما فهذه المرأة تصير حراماً على زوجها حتى يكذب نفسه ويقرر براءتها مما نسبه إليها.

٨ — الجمع بين أكثر من أربع زوجات: فلا يحل لمن له أربع زوجات أن يتزوج بخامسة وكذلك إذا طلق إحدى زوجاته وكانت لا تزال فى العدة فلا يحل له التزوج بخامسة حتى تنقضى عدة المطلقة ولو كان طلاقها بائنا لما تقدم من أن للعدة حكم الزواج القائم من بعض الوجوه فإذا كان قد طلق زوجاته الأربع فلا يحل له التزوج بامرأة أخرى حتى تنقضى عدة إحداهن لأن أقصى ما يحل للرجل أن يجمعه من النساء بعقد الزواج هو أربع نسوة

لقوله تعالى : « وإن خفتم ألا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » فوقفت الآية بالحل عند عدد الأربع ولما ورد فى السنة أن غيلان الثقفى أسلم وتحته عشر نسوة فى الجاهلية فأسلمن معه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يختار منهن أربعا . والحكمة فى تعدد الزوجات أمور منها .

١ — أن الرجل قد لا تحض نفسه واحدة فصونا له من الزنا واتخاذ الخليلات أباح الله له التزوج بأكثر من واحدة ولم يبح للمرأة كثر من زوج لئلا تضيع الأولاد باختلاط الأنساب .

٢ — أن عدد النساء فى الغالب يزيد على عدد الرجال فى أكثر الأمم فإذا لم يبح للرجل إلا واحدة بقى عدد من النساء بلا عائل يقوم بشؤونهن ومن غير زوج يحض نفوسهن مما قد يعرضهن للسقوط .

٣ — إن الغرض الأول من الزواج هو التوالد والتناسل وذلك يكون أكثر تحققا بتعدد الزوجات .

٤ — قد يجد الرجل زوجته عقيما ولا يرضى أن يفارقها لعقمها ولا يرضى أن يعيش محروماً من نعمة الولد فأباح له الله أن يتزوج معها أخرى للخلاص من هذا الحرج . ومما يعترض إباحة التعدد أنه قد يؤدى إلى بعض الفساد لأن العداوة بين الضرائر لا تنقطع ولها أسبابها فى تفكك الروابط بين أفراد الأسرة ولأن أولاد الرجل الواحد من أمهات شتى ينشئون متعادين متباغضين .

لكن الشارع الحكيم رأى أن مضار إباحة التعدد أخف من مضار خطره فاتقى أشد الضررين وأباح التعدد بشرط العدل بين الزوجات فيما هو

مستطاع للرجل وهو العدل بينهن فى المعاملة ومراعاة ما يجب لكل منهن من الحقوق على سواء من غير ميل إلى إحداهن ومضارة ماسواها . أما العدل غير المستطاع وهو العدل فى الميول القلبية والمحبة الباطنية فهو شىء ليس فى مقدور الإنسان ولا يصح أن ترتبط به الأحكام وهو ما عنته الآية : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » ، فالرجل يحل له أن يتزوج أكثر من واحدة إذا لم يخف عدم العدل بينهن العدل المستطاع له فإذا خاف عدم العدل بين أكثر من زوجة واحدة يكون الواجب الاقتصار على واحدة فالعدل فى قوله تعالى : « فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة » هو العدل المستطاع والعدل فى قوله تعالى : « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » هو العدل غير المستطاع . وهذا المعنى هو ما بينه الرسول صلوات الله عليه بقوله وفعله فى إحسان معاملته لنسائه والتسوية بينهن فيما يستطيعه ويملكه من مظاهر العدل وفى تحذيره من الأساءة والجور والميل الظالم فى معاملة الأزواج فقد روى أبو هريرة عنه صلى الله عليه وسلم (من له امرأتان يميل لأحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة يجر أحد شقيه ساقطا أو مائلا) .

والمراد بالميل هنا هو الميل فى المعاملة وعدم التسوية بين الزوجتين فى الحقوق والواجبات . وعن عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول : (اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك) يريد عليه الصلاة والسلام بالميل الذى طلب عدم المؤاخذة عليه الميل الباطنى والمحبة القلبية .

الولاية فى الزواج

الولاية فى اصطلاح الفقهاء هى قوة شرعية يملك بها صاحبها التصرف فى

شئون غيره جبراً عليه وهذا هو معنى الولاية المطلقة سواء أكانت ولاية على النفس أم على المال وسواء أكانت ولاية خاصة كولاية الأب أو الوصى على الصغير وولاية القيم على المعتوة والمجنون أم كانت ولاية عامة كولاية الإمام والسلطان والقاضى .

والموضوع هنا هو الولاية على النفس فى الزواج سواء أكانت خاصه أم كانت لصاحب سلطه عامه وأنواعها أربعه :.

١ ـ ولاية الملك . ٢ ـ ولاية الولاء . ٣ ـ ولاية الإمام ومن ينوب عنه . ٤ ـ ولاية القرابة .

فالنوع الأول : هو الولاية التى تثبت للسيد على مملوكه فله أن يزوج عبده أو أمته ، ويختار لهما جبرا عنهما وسببها ملكه إياهما وشرط ثبوتها للسيد أن يكون عاقلا بالغا .

والنوع الثانى : هو ولاية الولاء وسبب ثبوتها هذا الولاء وهو قسمان ولاء عتاقه وولاء موالاه . أما ولاء العتاقه فهو الحق الشرعى الذى يثبت للمعتق على عتيقه فإذا كان هذا العتيق صغيراً أو كان كبيراً مجنونا أو معتوها فلمعتقه ولو كان أنثى ولاية تزويجه . وشرط ذلك أن يكون المعتق عاقلا بالغاً وألا يكون للعتيق عقبه من جهة النسب فإن كان له عقبه من جهة النسب كالإبن والأخ والمعتق فلهم وحدهم ولاية تزويجه دون المعتق . أما ولاء الموالاة فهو الحق الذى يثبت لشخص أثرا لعقد يعقده مع آخر على أن ينصره ويذود عنه وأن يقوم عنه إذا جنى ويرثه إذا مات فإنه بهذا العقد تثبت له ولاية تزويجه . وشرط هذه الولاية أن يكون الولى عاقلا بالغا حرا وألا يكون للمولى عليه عقبة نسبية .

النوع الثالث : ولاية الإمام العام ومن ينوب عنه كالسلطان والقاضى فكل منهم له ولاية تزويج عديم الأهلية أو ناقصها بشرط ألا يكون له ولى ممن سبق ذكرهم فإن السلطان ولى من لا ولى له . وله أيضا تزويج الحرة البالغة العاقلة إذا وجدت زوجا كفئا ومنعها أقرباؤها من التزوج به ، فالولاية فى الأصل على هذه المرأة هى ولاية ندب واستحباب فإنها تملك تزويج نفسها لكن إذا عضلها أولياؤها وجب على القاضى أن يرفع عنها هذا الظلم وأن يزوجها من من الكفء الذى ترضاه .

النوع الرابع : ولاية القرابة ، وهى تثبت لصاحبها بسبب قرابتها من المولى عليه ، ويكفى فى ثبوتها عند الإمام أبى حنيفة مطلق القرابة ، فكل قريب من المولى عليه يمكن أن يكون وليا فى تزويجه ، سواء أكانت قرابته قريبة كالأب والجد والابن ، أم كانت بعيدة كابن الخال وابن العم ، أم كانت أبعد من ذلك غير أنه يقدم الأقرب فمن بعده ، فبعيد القرابة من المولى عليه لا تثبت ولايته عليه بالفعل ولا يملك تزويجه مادام هناك ولى أقرب يمكن الرجوع إليه ، ويترتب على تفاوت درجات القرابة أثر آخر هو لزوم العقد وعدم لزومه للمولى عليه ، فإنه إذا تولى الأب أو الجد زواج الصغير أو الصغيرة كان العقد لازما لهما ولا خيار لهما فى فسخ الزواج بالبلوغ ، أما إذا لم يكن للصغير أو الصغيرة أب ولا جد وتولى عقد زواجهما قريب آخر ، فالعقد حينئذ غير لازم لهما ، ولهما الخيار إذا بلغا ، وكذلك الحكم إذا زوج الكبيرة المجنونة أو المعتوهة غير أبيها وجدها وابنها فإنه لها الخيار بإفاقتها .

ويشترط فى ثبوت ولاية القرابة أربعة شروط فى الولى هى :

١ — العقل .

٢ — البلوغ .

٣ — الحرية .

٤ — أن يكون أهلا للإرث منه إذا فرض موته ، وعلى ذلك فلا ولاية لمجنون ولا معتوه ولا صبى على غيره ، كذلك لا ولاية للعبد لأنه ليست له ولاية على نفسه ، فلا تكون له ولاية على غيره . ولا ولاية لغير المسلم على المسلم ، ولا لمسلم على غير مسلم ، ولا لمرتد على أحد مطلقا ، إذ لا إرث فى هذه الأحوال لاختلاف الدين والولاية كالإرث كلاهما مستند إلى القرابة .

هذا ولا يشترط الحنفية فى الولى العدالة ، فالفاسق يصح أن يكون وليا فى تزويج موليه لأن له ولاية كاملة على نفسه ، فلا مانع أن يتولى أمر غيره ، ولأن عماد هذه الولاية هو الشفقة ورعاية المصلحة ، وفسق الفاسق لا يمنع شفقته بابنه ، ولا يحول دون رعاية المصلحة لقريبه ، غير أنه إذا كان فاسقا فسقاً يجعله لا يبالى بقبيح ما يصنع ، فإن تزويجه بنته مثلا لا ينفذ إلا إذا توافرت المصلحة فى هذا الزواج بأن يكون بكفء وبمهر المثل ، ويكون حكمه فى ذلك حكم الأب المعروف بسوء الرأى والاختيار ، وهو عدل فإنه لا تسلب ولايته على بنته الصغيرة بسبب سوء الرأى والاختيار ، ولكن عقده لها مشروط بالمصلحة . لكن الشافعية والحنابلة اشترطوا عدالة الولى ، مستدلين بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « لا نكاح إلا بولى مرشد » لأن المرشد المراد منه الرشيد ، والفاسق ليس برشيد ، فلا تكون له ولاية على غيره ، وقال الحنفية : إن هذا الحديث ضعيف مضطرب الإسناد اضطراباً شديداً فلا يصح الاستدلال به . على أن هذا الاضطراب واقع فى رواية ليس فيها كلمة « مرشد » ، وعلى فرض ثبوتها فإنه ليس معنى المرشد الرشيد ،

وإنما المرشد هو الذى يرشد غيره ويختار له ما فيه مصلحته ، وهذا المعنى يتحقق فى الفاسق .

هذا . والولاية تتنوع بالنسبة إلى المولى عليه نوعين : ولاية حتم وإجبار وولاية ندب واستحباب .

ولاية الإجبار وولاية الاختيار

تتنوع الولاية بالنظر إلى حالة المولى عليه نفسه نوعين :

الأول : ولاية حتم وإجبار .

الثانى : ولاية ندب واستحباب ، وتسمى ولاية الاختيار ، فولاية الإجبار هى التى تثبت لصاحبها جبرا على المولى عليه ، وينفذ بها تزويجه إياه من غير توقف على رضاه واختياره ، وذلك كالولاية على الصغير والمجنون ، وولاية الندب والاختيار هى التى تخول صاحبها النظر فى شئون المولى عليه بناء على اختياره ورغبته فلا يملك الولى تزويجه من غير رضاه ، وذلك كولاية تزويج الحرة البالغة العاقلة ، فإنها تملك تزويج نفسها ، لكنه يستحب أن تكل أمر العقد عليها إلى وليها لما فى ذلك من المحاسن التى ينبغى أن تراعى حفظا للمرأة من مظاهر التبذل .

هذا . وتقسيم الولاية على نحو ما سبق هو طريقة الأمام أبى حنيفة وزفر وأبى يوسف فى بعض الرويات عنه . أما الإمام الشافعى ومحمد فى المشهور عنه وأبو يوسف فى رواية أخرى فيقولون إن الولاية تتنوع نوعين أيضا :

النوع الأول : هو ولاية الاستبداد .

والنوع الثانى : هو ولاية الشركة .

فولاية الاستبداد هى التى يملك بها الولى التفرد بتزويج المولى عليه من غير

أن يشركه معه فى الرأى كولاية تزويج الصغير والمجنون ، وهى نفسها ولاية الإجبار ، ولا خلاف إلا فى الاسم .

أما ولاية الشركة فهى الحق الذى يملكه الولى فى تزويج المولى عليه مع إشراكه معه فى الرأى والاختيار . وذلك كولاية تزويج الثيب الكبيرة العاقلة ، فإن أمر زواجها شركة بينها وبين وليها ، فرأى كل منهما لا بد منه ، ولا يملك أحدهما الانفراد .

غير أن الإمام الشافعى يقول : إنه مع هذه الشركة فى الرأى والاختيار يجب أن يكون الولى هو الذى يباشر العقد على المولى عليها ، ولا يصح أن تباشر العقد بنفسها ، لأن عقد الزواج لا يصح عنده بعبارة المرأة مطلقا ، سواء أكانت تعقده لنفسها أم كانت تعقده لغيرها بالنيابة عنه ـ لكن الحنفية الذين يوافقون الإمام الشافعى فى ولاية الشركة فإنهم يقولون لا مانع أن تباشر المرأة عقد زواجها بنفسها بعد تحقق رضا وليها وعبارتها صحيحة إلا أنه يحسن أن تكل إلى الولى إجراء العقد صونا لها عن التبذل .

وقد اختلف الحنفية والشافعية فيمن تثبت عليهم ولاية الإجبار والاستبداد ، فقال الحنفية : إنهم الصغير والصغيرة والمجنون والمجنونة ولا رأى لهم مع الولى فى زواجهم ، ولا عبرة بالبكارة والثيوبة فى هذا ، فالبكر والثيب سواء عندهم متى كانتا صغيرتين أو مجنونتين ، أما البالغ العاقل والبالغة العاقلة بكراً كانت أو ثيبا فلا تثبت على أحد منهم ولاية الإجبار ، ومذهب الشافعية أن شرط ولاية الاستبداد هو الصغر فى الغلام والبكارة فى الأنثى ، سواء أكانت صغيرة أم كبيرة والجنون بالنظر إلى المجنون والمجنونة الكبيرين أما الثيب فلا تثبت عليها ولاية الاستبداد مطلقا فإن كانت صغيرة فلا سبيل

إلى زواجها فلا يملك أحد تزويجها لا الأب ولا غيره فيبق من غير زواج حتى تدرك ليكون زواجها برأيها وتكون ولايتها حينئذ ولاية شركة .

ومن هنا يتبين أن الحنفية والشافعية متفقون على أن ولاية الأجبار ثابتة على الغلام الصغير والمجنون الكبير والمجنونة الكبيرة والصغيره البكر وعلى أن الثيب الكبيرة لا تثبت عليها ولاية الأجبار إلا أن الشافعى ومن وافقه من الحنفية يقولون إن الولاية عليها ولاية شركة والإمام أبو حنيفة يقول إن الولاية عليها ولاية ندب واستحباب . ويختلف الحنفية والشافعية فى البكر البالغة وفى الثيب الصغيرة فيقول الحنفيه إن البكر البالغة ليس عليها ولاية إجبار بخلاف الثيب الصغيرة فإن عليها ولاية الأجبار لسبب الصغر . ويقول الشافعية إن البكر البالغة عليها ولاية الإجبار لسبب البكارة والثيب الصغيرة ليس عليها ولاية .

الأولياء الذين لهم ولاية الإجبار

اختلف الأئمة فيمن تكون له ولاية الإجبار فى الزواج فذهب الإمان مالك وابن حنبل إلى أن ولاية التزويج للأب أو وصية لا غير . وذهب الشافعية إلى أن هذه الولاية للأب والجد . وذهب الحنفية إلى أن ولاية الإجبار تكون للأب والجد وغيرهما من الأقارب ولغير الأقارب غير أنهم اختلفوا فى المدى الذى تقف عنده ولاية القرابة فقال الإمام محمد إنها تكون للعصبة بالنفس من الأقرباء وهم الذكور الذين لا تكون قرابتهم للمولى عليه بواسطة الأنثى وحدها وذلك كالأب والإبن والأخ الشقيق أو لأب فإن لم يكن أحد منهم كانت الولاية للعصبة السببية وهو السيد الذى أعتق عبده أو أمته فإذا لم تكن كانت الولاية للسلطان أو القاضى ولا ولاية عنده لأحد من الأقرباء غير العصبات بالنفس ولاية الإجبار . وقال الإمامان أبو حنيفة

وأبو يوسف إن ولاية الإجبار كما تكون للعصبة من الأقرباء تكون لغير العصبة منهم غير أن غير العصبة مؤخرون فى الترتيب عن العصبه ، على هذا يكون ترتيب العصبات هكذا .

١ — العصبة النسبيه

٢ — العصبة السببية

٣ — الإقرباء غير العصبة .

٤ — مولى الموالاه .

٥ — السلطان والقاضى .

فالمرتبة الأولى وهى العصبه النسبيه يقدم منها الأقوى فى العصوبه فالذى يليه فيقدم الأبناء ثم أبناؤهم وإن نزلوا ثم الآباء ثم الأجداد وإن علوا ثم الإخوه الأشقاء ثم لأب ثم أبناؤهم كذلك ثم الإعمام الأشقاء ثم لأب ثم أبناؤهم كذلك فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء كانت الولاية لأهل الصنف الذى بعده فالمجنونة التى لها ابن وأب ولايتها لإبنها خلافاً للإمام محمد الذى قال إن ولايتها لأبيها لأنه أوفر شفقه وأهل كل صنف مرتبون فيما بينهم على حسب قرب درجتهم من المولى عليه فالإبن مقدم على ابن الإبن والأخ مقدم على ابن الأخ وإن استووا فى الدرجه قدم أقواهما قرابة فيقدم الأخ الشقيق على الأخ لأب فإن استووا فى القوة بأن كانوا جميعا أشقاء أو لأب كانت الولاية الفعليه لهم جميعا فإذا تولى العقد أحدهم فإنه يقع صحيحا نافذا وليس لأحد من الباقين حق الاعتراض . فإذا لم يكن للمولى عليه عقبه نسبيه انتقلت الولاية للعصبه السببيه .

غيبة الولى وعضله :

الأولياء على ما سبق مرتبون في استحقاق الولاية حسب جهاتهم ودرجتهم وقوة قرابتهم فليس للبعيد منهم ولاية مع وجود القريب المستوفى شروط الولاية . فإذا غاب الأقرب بحيث لا ينتظر الخاطب الكفء استطلاع رأيه فإن الولاية تنتقل إلى من يليه حتى لا تفوت المصلحه وليس للغائب بعد عودته أن يعترض على ما باشره من يليه لأنه لغيبته أعتبر كالمعدوم وصارت الولاية حق من يليه . أما إذا امتنع الأقرب من تزويج المولى عليه بغير عذر مقبول والزوج كفء والمهر مهر المثل فإنه فى هذه الحالة يعد عاضلا ولا تنتقل الولاية إلى من يليه بل تنتقل إلى القاضى لأن العضل ظلم وولاية رفع المظالم إلى القاضى فإذا كان امتناعه لأن الزوج غير كفء أو المهر أقل من مهر المثل أو لوجود خاطب كفء آخر يفضل الثانى بمزايا فلا يعد فى هذه الحال عاضلا ولا تنتقل الولاية عنه .

الكفاءة فى الزواج

الكفاءة فى اللغة المساواة والمماثلة ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « المسلمون تتكافأ دماؤهم » وفى اصطلاح الفقهاء مساواة الرجل للمرأة فى أمور مخصوصة بحيث لا تعير الزوجة ولا أولياؤها بزوجها . وقد اختلف الفقهاء فى اعتبار الكفاءة بين الزوجين وعدم اعتبارها فذهب بعضهم ومنهم أبو الحسن الكرخى وأبو بكر الرازى (الجصاص) من الحنفية إلى عدم اعتبار الكفاءة أصلا فى الزواج مستندين إلى قوله تعالى « إن أكرمكم عند الله أتقاكم » وقوله صلى الله عليه وسلم « الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربى على عجمى إلا بالتقوى » وإلى أن الكفاءة لو كان لها اعتبار فى

الزواج فى نظر الشرع لكان يجب اعتبارها بالأولى فى أبواب الجنايات التى يلزم الاحتياط فيها أكثر مما يلزم فى غيرها . وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكفاءة شرط فى الزواج لأنه يعقد للعمر لأغراض ومقاصد من العشرة والألفة وتأسيس القرابات ولا ينتظم ذلك عادة إلا بين المتكافئين فإذا لم تتوفر الكفاءة بين الزوجين فى عقد الزواج كان بعيدا عن تحقيق المقاصد المطلوبة منه لأن وجود فوارق كبيرة بين الزوجين لا يحقق التوافق والترابط والانسجام بينهما فتكون النتيجة انفصام عرى الزوجية . أما ما استدل به من ذهب إلى عدم اشتراط الكفاءة فلا دليل فيه لأن المراد منه أحكام الآخرة لا أحكام الدنيا ـ أما أحكام الدنيا فالناس غير متساوين فيها إذ لا تتأتى المساواة بين العالم والجاهل ولا بين أصحاب الحرف الشريفة وأرباب المهن الوضيعة وهكذا .

وقد خص الفقهاء أمورا سته اعتبروا أن الكفاءة تتحقق بتحقق المساواة فيها وأن عدم المساواة فيها أو فى أحدها مفوت للكفاءة . قد جمعها بعضهم فى قوله :

نسب وإسلام كذلك حرفة حرية وديانة مال فقط

وقد بين الفقهاء معنى الكفاءة فى هذه الأمور فقالوا إن معنى الكفاءة .

ـ فى النسب أن الزوجة إذا كانت نسيبه أى معروفا لها نسب متصل بأهل معلوم لا يكون كفأ لها إلا نسيب مثلها متصل نسبه بأهل معلوم : وشرف العلم فوق شرف النسب فالعالم غير النسيب كفء لأية نسيبة مهما شرف نسبها .

وهذا التكافأ فى النسب خاص بما إذا كان الزوجان من العرب لأنهم هم الذين حفظوا أنسابهم وجعلوها من مفاخرهم وأسباب مدحهم وذمهم .

فالعربية وهى التى يعرف اتصال نسبها بقبيلة من قبائل العرب لا يكون كفأ لها غير العربى وهو من لا يعرف اتصال نسبه بقبيلة من القبائل ، وليس العرب كلهم متكافئين ، فقريش بعضهم أكفاء لبعض ، فالقرشية لا يكافئها إلا قرشى ، وسائر العرب بعضهم أكفاء لبعض ، فالعربية من غير قريش يكافئها أى عربى وإن اختلفت القبائل ، فالقرشى كفء لكل عربية ، وغير القرشى كفء لغير القرشية منهم . وأما غير العرب فلم يحفظوا أنسابهم ، ولم يعتدوه من مفاخرهم ، فلا يعتبر بين الزوجين منهم التكافؤ فى النسب . وفى هذا نظر ، فإنه إذا كان من غير العرب طبقات من الأشراف ذوى البيوتات العريقة يفخرون بأصلهم ويعيرون إذا تزوجت واحدة منهم زوجا غير أصيل ، فلم لا يكون حكمهم حكم العرب ، والعلة واحدة والعرف له اعتبار ؟

٢ — والكفاءة فى الإسلام يقصد منها أن الزوجة المسلمة التى لها أب وأجداد مسلمون لا يكافئها المسلم الذى ليس له فى الإسلام أب ولا جد . ومن لها أب واحد فى الإسلام يكافئها من له أب واحد فيه ومن له أب وجد فى الإسلام فهو كفء لمن لها أب وأجداد لأن تعريف المرء يتم بأبيه وجدّه فلا يلتفت إلى مازاد . وهذا التكافؤ فى إسلام الأصول إنما يعتبر فى غير العرب . أما العرب فلا يعتبر فيهم . فالعربى المسلم الذى ليس له أب فى الإسلام كفء للعربية المسلمة التى لها أب وأجداد مسلمون لأن العرب اكتفوا فى التفاخر بأنسابهم ولا يتفاخرون بإسلام أصولهم . أما غيرهم فيتفاخرون به .

٣ — والتكافؤ فى الحرفة معناه أن بنت صاحب الحرفة الشريفة لا يكون كفئا لها صاحب الحرفة الدنيئة . والمعتبر فى شرف الحرفة ودناءتها هو العرف وإذا تقاربت الحرف فلا عبرة بالتفاوت فيها والتكافؤ فى الحرف معتبر فى كل من يحترف من العرب أو غيرهم .

٤ — والتكافؤ فى الحرية يراد منه أن الزوجة الحرة لا يكون الرقيق كفءا لها وإذا كانت حرة الأصل لا يكون المعتق كفءا لها ومن لها أب وجد فى الحرية لا يكافئها من له أب فقط ومن لها أب وأجداد فى الحرية يكافئها من له أب وجد فقط كما قيل فى إسلام الأصول والحكمة فى هذا أن الرق منقصة والأحرار يعيرون بمصاهرة الأرقاء. ولما كان العرب لا يسترقون لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو القتل فإن التكافؤ فى الحرية معتبر فى غيرهم فقط لأنه لارق فيهم .

٥ — والتكافؤ فى الديانة يراد منه أن الزوجة التى من بنات الأتقياء ذوى الاستقامة لا يكون كفءا لها الفاسق لأنهم لتقواهم واستقامتهم يرون مصاهرة الفاسق عارا لهم فلا يكون الفاسق كفءا لصالحة بنت صالح وإنما يكون كفءا لفاسقة بنت فاسق أو بنت صالح وهذا رأى الإمامين أبى حنيفة وأبى يوسف . وقال الإمام محمد إنه لا عبرة بالديانة والصلاح فى الكفاءة لأن الصلاح من أمور الآخرة التى بين العبد وربه والكفاءة من الأحكام الدنيوية التى مرجعها علاقة الناس بعضهم ببعض فى الدنيا وكم من فاسق له بين الناس منزلة واعتبار ولا يعير أى تقى بمصاهرته . لكن إذا وصل الفسق بالفاسق إلى أن صار سخرية بين الناس فلا يكون كفءا لأن ذلك هو العار .

٦ — والكفاءة فى المال لا يقصد بها أن يكون الزوجان متساويين فى الغنى ودرجة اليسار بل المراد أن يكون الزوج قادرا على مقدم صداقها والإنفاق عليها شهرا فإذا كان كذلك كان كفءا لأى امرأة ولو كان مالها ومال أبيها أضعاف ماله . أما إذا كان غير ذلك فهو ليس كفءا ماليا وهذا قول أبى يوسف وعليه الفتوى . وقال أبو حنيفة ومحمد إن الكفاءة فى المال

تتحقق بعدم التفاوت البين بين الزوجين فى الغنى واليسار فالمرأة الموسرة لا يكافئها إلا من يقاربها فى ذلك لأن الناس يتفاخرون بغنى الصهر ويتعيرون بفقره .

والوقت الذى تعتبر فيه الكفاءة هو وقت إنشاء العقد فلا يضر زوال الكفاءة بعد ذلك لأنها شرط ابتداء لا بقاء إذ لو اشترط استمرار الكفاءة فى المستقبل لأدى ذلك إلى عدم استقرار الحياة الزوجية بين الناس فلو كان الزوج وقت العقد صاحب حرفة شريفة ثم اتخذ حرفة خسيسة أو كان ذا دين وصلاح واستقامة ثم أصبح فاسقا لا يجوز للزوجة ولا لأوليائها طلب فسخ العقد بدعوى عدم كفاءة الزوج لأن الزوجة فى هذه الحالة لا يلحقها العار باستمرار الزوجية وبقائها فى عرف الناس وعادتهم بل تكون محل تقديرهم وإعجابهم لوفائها ومحافظتها على المعاشرة .

لمن يثبت حق الكفاءة :

الكفاءة حق للزوجة ولوليها فرضا أحدهما بتفويت حقه لا يفوت على الآخر حقه وليس فى الكفاءة حق للشرع بحيث لو رضيت الزوجة ووليها بزوج غير كفء لها .

فلا اعتراض على هذه الزوجية وإنما يثبت الاعتراض لمن لم يرض منهما دفعا للعار والضرر عن نفسه وبهذا ينتقى القول بأن اعتبار الإسلام للكفاءة يجعله دين الطوائف ويجعل فى المسلمين ممتازين . ويترتب على كون الكفاءة حقا للزوجة والأولياء أن الحرة العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من رجل ولم تبحث عن حالته لتعلم هل هو كفء لها أو لا .

ثم تبين أنه غير كفء فليس لها طلب فسخ هذا الزواج لعدم الكفاءة لأنها أسقطت حقها بتقصيرها فى البحث فكأنها رضيت به على أى حال .

لكن أولياؤها لم يسقطوا حقهم فلهم طلب فسخ العقد لأن إسقاط الزوجة لحقها لا يسقط حقهم. وإذا زوجها وليها بعلمها وإذنها ورضاها رجلا من غير بحث فى كفاءته أو عدمها ثم تبين أنه غير كفء فليس للأولياء ولا للزوجة حق طلب الفسخ لأنهم جميعا بتقصيرهم أسقطوا حقهم وكأنهم رضوا به على أى حال. لكن إذا شرطت فى العقد كفاءة الزوج ثم تبين أنه غير كفء أو حصل تقرير من الزوج بأن زعم أنه كفء فإذا هو غير كفء لم يسقط لأنه مع الاشتراط أو تقرير الزوج لم يحصل تقصير ولا يعتبر ذلك إسقاطا من الزوجة أو الولى لحق الكفاءة لأن الرضا بالزوج حصل على أنه كفء.

والولى الذى له حق الاعتراض هو الولى القريب لأن الكفاءة حق له دون البعيد فإذا لم يكن للمرأة إلا ولى واحد فالأمر ظاهر وإذا كان لها أكثر من ولى ولكنهم غير متساوين فى الدرجه فحق الاعتراض للولى الأقرب فإن رضى بغير الكفء فلا يثبت لمن بعده من الأولياء حق الاعتراض ولا عبرة برضا الولى البعيد عند عدم رضا القريب فإن كان الأولياء متساوين كإخوة أشقاء ورضى بعضهم ولم يرض البعض الآخر سقط حق من لم يرض فليس لهم الاعتراض ويكون العقد لازما ولا يصح لواحد منهم طلب فسخه وهذا مذهب الإمام أبى حنيفة ومحمد لأن الولاية عندهما لا تتجزأ لأن سببها وهو القرابة لا تتجزأ فثبت الحق لكل واحد منهم كاملا كحق العفو عن القصاص فأنه يثبت لجميع أولياء المقتول المتساوين فإذا عفا أحدهم سقط حق الباقين فى المطالبة بالقصاص. وذهب أبو يوسف وزفر إلى أن رضا بعض الأولياء المتساوين بغير الكفء لا يسقط حق الآخرين لأن الكفاءة حق للكل فلا يسقط إلا برضا الكل كالدين المشترك بين جماعة إذا تنازل أحد الدائنين عن حقه فلا يسقط إلا حقه، ويبقى حق الباقين. والظاهر أن رأى أبى حنيفة ومحمد هو الراجح لأن الزوجة ما دامت قد رضيت بالزوج غير

الكفء ورضى بعض أوليائها فلا بد أن التجاوز عن الكفاءة كان لمصالح أنفع من الكفاءة وقياس الكفاءة على الدين المشترك قياس مع الفارق لأن من أسقط حقه فى الدين فقد ملكه لمن عليه الدين ولا تمليك فى الكفاءة .

فيمن تعتبر الكفاءة ؟ :

الكفاءة تعتبر من جانب الزوج فقط بمعنى ألا يكون أقل من زوجته فى الأمور الستة السابق بيانها ولا تشترط الكفاءة فى جانب الزوجة إذ يصح أن تكون أقل من زوجها فيما تعتبر فيه الكفاءة من الرجل لأن العادة جرت بأن الزوجة الشريفة تعير هى وأولياؤها بأن يكون زوجها أبو أولادها غير مساو لها أما الزوج الشريف فلا يعير إذا كانت زوجته أقل منه .

ولا تعتبر الكفاءة من جانب الزوجة إلا فى حالتين :

١ — إذا وكل الرجل عنه من يزوجه امرأة غير معينة فإنه يشترط لنفاذ تزويج الوكيل على الموكل أن يزوجه ممن تكافئه وهذا رأى أبى يوسف ومحمد وهو الراجح لتقييد العرف بذلك .

٢ — إذا زوج الصغير غير الأب والجد اللذين لم يعرفا بسوء الاختيار فإنه يشترط لصحة تزويجهما الصغير أن تكون الزوجه كفئا له احتياطا لمصلحة الصغير .

الوكالة فى الزواج

الوكيل والتوكيل فى الاصطلاح الفقهى بمعنى واحد ، وهو إقامة الإنسان غيره مقام نفسه فى تصرف مملوك له قابل للإنابة . ومن المقرر فقها أن من ملك تصرفا من التصرفات كان له أن يباشره بنفسه ، وله أن يوكل عنه غيره بمباشرته ، ومن لا يملك تصرفا من التصرفات فليس له أن يوكل به غيره ، لأن فاقد الشىء لا يعطيه ، وكامل الأهلية وهو الحر البالغ العاقل يملك تزويج نفسه فله أن يوكل عنه من يقوم مقامه فى تزويجه . وفاقد الأهلية أو ناقصها

لا يملك تزويج نفسه ، فليس له أن يوكل عنه من يزوجه ، بل الولى على كل منهما هو الذى له أن يزوجه فله أن يوكل عنه من شاء بتزويجه ، والتوكيل كما يكون شفويا يكون كتابيا ، ولا يشترط لصحته حضور شاهدين وقت صدوره ، بل يتم بين الموكل والوكيل وحدهما كسائر العقود عدا الزواج ، ولكن الأحسن الإشهاد عليه احتياطا خشية الجحود والنزاع . وليس للوكيل بالزواج أن يوكل غيره ، لأنه يستمد ولايته من الموكل ، والموكل أعطاه وحده الولاية ورضى برأيه فقط . فإذا أعطاه الموكل حق توكيله غيره عنه بأن أذنه أن يوكل عنه فى هذا التزويج من شاء أو وكله بصيغة التفويض بأن قال له : فوضت أمر زواجى إلى رأيك فى كل ما تفعله ، فنى هاتين الحالتين للوكيل أن يوكل غيره عنه . ومهمة الوكيل بالزواج هى مباشرة الصيغة فقط لأنه سفير ومعبر ، فبعد انتهاء الصيغة لا يطالب بأى حق من حقوق أحد الزوجين على الآخر ، فلا يطالب وكيل الزوج بالمهر ولا النفقة ، ولا يطالب وكيل الزوجة بإدخالها فى طاعة الزوج ، لأن السفير لا يطالب بحقوق ، إلا إذا ضمن الوكيل والتزم بشىء من الحقوق فإنه يطالب بمقتضى التزامه وضمانه لا بمقتضى وكالته .

تصرفات الوكيل بالزواج :

من المقرر أن سلطة الوكيل مستمدة من الموكل ، فلا يملك من التصرفات إلا ما ملكه ، ويكون فضوليا فيما عداه ، فإذا وكله وكالة مقيدة تقيد بما قيده به ، ولم يكن له أن يخالف ما قيد به إلا إذا كانت المخالفة إلى خير ، فإن العقد ينفذ على الموكل من غير توقف على إجازته .

وعلى هذا إذا وكل رجل رجلا أن يزوجه امرأة عينها له بالاسم فزوجه غيرها كان مخالفا فلا ينفذ عقده ، وإذا وكله أن يزوجه حرة فزوجه أمة ، أو وكله أن يزوجه بيضاء فزوجه سوداء ، أو وكله أن يزوجه من أسرة

عينها فزوجه من أسرة غيرها ، فالوكيل فى ذلك كله مخالف فلا ينفذ عقده على الوكيل .

وكذلك إذا عين الموكل أو الموكلة مهرا فخالف الوكيل وزوج الموكل بأكثر مما عينه وزوج الموكلة بأقل مما عينته ، فإنه لا ينفذ العقد فى ذلك كله ، بل يكون موقوفا على إجازة الموكل . أما إذا لم يعين الموكل شخصا ولا وصفا ولا مهرا فقد اختلف فى ذلك أئمة الحنفية ، فقال الإمام أبو حنيفة : إن عقد الوكيل يقع نافذا على الموكل سواء حقق رغبته الباطنة التى لم يدل عليها بلفظ أم لم يحققها ، لأن من المقرر أن المطلق يجرى على إطلاقه ما لم يقم دليل يفيد تقييده ، وأن المقيد بقيد يلتزم فيه ذلك القيد ، إلا أن يخالف إلى شىء هو خير منه للآمر أو الموكل ، وعلى هذا فإذا وكله أن يزوجه امرأة من غير تعيين فزوجه بيضاء أو سوداء أو أمة أو حرة بمهر المثل أو أكثر ، فإنه ينفذ على الموكل ، بل قالوا إنه على مذهب أبى حنيفة إذا زوجه عمياء أو شلاء أو شوهاء كان محققا لمقتضى التوكيل ، ونفذ عقده على الموكل جريا على الاطلاق . وكذلك إذا وكلته المرأة ولم تعين شخصا ولا وصفا ولا مهرا فإنه ينفذ العقد عليها متى كان الزوج كفءا ، سواء أكان ذلك بمهر المثل أم بأقل بل قالوا بنفاذ العقد ولو كان الزوج أعمى أو أشل . ومن هذا يتبين أن الإمام أبا حنيفة يحكم عبارة الموكل ولفظه ويطبق قواعد الإطلاق والتقييد . أما الصاحبان أبو يوسف ومحمد فإنهما يخالفانه فى ذلك ، إذ هما يحكمان فى هذه الأمور العرف والعادة ، ومذهبهما هو الذى ينبغى أن تكون عليه الفتوى وبناء على مذهبهما إذا وكل رجل آخر أن يزوجه امرأة ولم يعين شيئا كان الوكيل مقيدا بما يقضى به العرف من مراعاة التناسب والتكافؤ ، فإذا زوجه امرأة لاتناسبه أو بأكثر من مهر مثل المرأة بزيادة فاحشة ، فإن العقد لاينفذ

عليه ، ويكون موقوفا على إجازته ، وينبغى أن يكون الحكم كذلك إذا زوجه عمياء أو شوهاء أو ما إلى ذلك من العيوب التى يقضى العرف العام بمنافاتها لمقتضى التوكيل . ومثل ذلك إذا كانت المرأة هى الموكلة فإنها تتضرر بعيوب الرجل مثل تضرره بعيوبها أو أكثر ولا يمكنها أن تخلص منه إلا بقضايا رفع الضرر ،وهى لا تصل إلى مقصدها إلا بعد عناء ومشقة ومال تنفقه .

ومن المتفق عليه بين أئمة الحنفية أنه إذا وكلت امرأة رجلا أن يزوجها ولم تعين له شخصا ولا وصفا فتزوجها من غير كفء لم ينفذ هذا العقد على الموكلة لأن الشأن فى هذا التوكيل أن تراعى فيه الكفاءة لأن المرأة عادة لا ترغب إلا فى الكفء لأن فى ذلك مصلحتها وحتى لا ينقض زواجها باعتراض الأولياء وهى إن لم تصرح بذلك فهى معلومة ضمنا فتحقق المخالفة بتزويجها بغير الكفء ، وكذلك من المتفق عليه أن المخالفة إلى خير تنفذ على الموكل فإذا وكله أن يزوجه عمياء مثلا فزوجه مبصرة نفذ العقد هذا ولا ينفذ تصرف الوكيل على الموكل إذا كان فى ذلك تهمة للوكيل بأنه يعمل لمصلحته وذلك كأن يزوج الوكيل الموكل بنته الصغيرة أو مولية له صغيرة كبنت أخيه التى فى ولايته بل يكون مثل هذا العقد موقوفا على إجازة الموكل فإذا انتفت التهمة كان العقد نافذا باتفاق أئمة المذهب وذلك كأن يزوج الوكيل أختا له كبيرة برضاها فإن زوجه بنته الكبيرة برضاها لم ينفذ العقد عند أبى حنيفة لتحقق التهمة بسبب البنوة خلافا للصاحبين فإنه ينفذ عندهما لأنه ليس له عليها ولاية إجبار . وإذا وكل رجل رجلا أن يزوجه فلانة أو فلانة فزوجه إحداهما أيا كانت فإنه ينفذ العقد لأنه وكله بصيغة التخيير وإذا وكله أن يزوجه امرأة من غير تعيين فزوجه امرأتين فى عقدين وقع الأول نافذا على الموكل وتوقف الثانى على إجازته فإن زوجه إياهما فى عقد واحد لم ينفذ عليه فى كل منهما

لتحقق المخالفة وكان موقوفاً على إجازته فإن أجاز عقدهما جميعاً أو أجازه في إحداهما نفذ ما أجازه وإن لم يجزه أصلا بطل وإذا وكله أن يزوجه امرأة معينة فزوجه إياها مع امرأة أخرى فإنه ينفذ عليه زواج المعينة وكان زواج الأخرى موقوفاً على إجازته سواء أزوجه إياهما في عقد واحد أم في عقدين وذلك لأن الوكيل حقق مقتضى التوكيل في المعينة وعقده عقد فضولي بالنظر للأخرى . وإذا وكلت امرأة رجلا أن يزوجها من معين أو أطلقت بأن قالت زوجني ممن تشاء فزوجها من نفسه كان مخالفاً ولا ينفذ عليها العقد إلا بالإجازة بالاتفاق ، وكذلك إذا وكل الرجل امرأة أن تزوجه وعين التي يريدها أو أطلق فزوجته من نفسها فلا ينفذ العقد عليه لتحقق التهمة في التصرف وذلك يوجب توقف العقد على الإجازة .

حقوق الزواج وواجباته

لكل من الزوجين على الآخر حقوق أوجبها الشارع الحكيم لقوله تعالى : « الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم الخ » وبقوله تعالى في شأن النساء « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة » فللزوج حقوق على زوجته وللزوجة حقوق على زوجها ماليه وغير ماليه فمن الحقوق المالية التي للزوجة على زوجها .

المهر . وهو الحق المالي الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو الدخول بها ويسمى الصداق والفريضة والأجر والعقر والنحلة .

ويثبت وجوبه على الزوج بأحد سببين .

١ — بمجرد العقد على الزوجه .

٢ — الدخول الحقيقي بها .

فإذا تم عقد الزواج صحيحا شرعا وجب المهر على الزوج بمجرد تمام العقد ولو لم يعقبه دخول بها بحيث لو مات أحد الزوجين بعد العقد وقبل الدخول كان المهر حقا للزوجة أو لورثتها : وأما إذا كان عقد الزواج فاسدا شرعا كأن عقد عليها بغير حضور شهود فلا يجب على الزوج المهر بمجرد العقد الفاسد وإنما يجب إذا أعقبه دخول الزوج حقيقة بمن عقد عليها بحيث لو مات أحد الزوجين بزواج فاسد بعد العقد وقبل الدخول أو افترقا من تلقاء أنفسهما أو بتفريق القاضي قبل الدخول فلا يجب على الزوج أى مهر .

دليل وجوبه:

دليل وجوب المهر فى عقد الزواج قوله تعالى فى سورة النساء « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » وقوله سبحانه « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة » فقد أمر الله سبحانه بإيتاء النساء مهورهن وسمى المهر فريضة فدل ذلك على وجوب المهر فى الزواج وأنه لا زواج بدون مهر .

مقداره : أقل المهر عند الحنفية عشرة دراهم فضة تزن سبعة مثاقيل أو ما قيمته ذلك من أى مال وهى تساوى بالعملة المصرية خمسة وعشرين قرشا . ولا حد لأكثره فللمتعاقدين أن يزيدا عن العشرة إلى ما شاءا ودليل تحديد أقله بعشرة دراهم قوله صلى الله عليه وسلم (ولا مهر أقل من عشرة دراهم) وأما دليل أنه لا حد لأكثره فلأنه لم يرد نص بذلك ولذا روى أن سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال فى خطبة له (لا تغالوا فى مهور النساء) فقالت له امرأة : ليس ذلك لك يا عمر فإن الله تعالى يقول (وآتيتم إحداهن قنطارا) فقال عمر : امرأة أصابت ورجل أخطأ .

ما يصلح أن يكون مهرا :

يصلح أن يكون مهرا كل مال متقوم معلوم علما ليس فيه جهالة فاحشة قيمته عشرة دراهم فأكثر سواء أكان عقارا أم منقولا . ويجوز أن تكون المنفعة مهرا إذا كانت من المنافع التى يستحق فى مقابلها المال كسكنى الدار وزراعة الأرض وما إلى ذلك . وأما المنفعة التى لا يستحق فى مقابلها المال فإنها لا تصلح أن تكون مهرا كأن يجعل مهرها أن يطلق ضرتها أو ألا يتزوج عليها أو ألا يخرجها من بلدها لأن هذه المنافع وإن كان فيها مصلحة للزوجة لكنها لا تقدر بمال . والمعتبر أن تكون قيمة المهر وقت العقد عشرة دراهم فلو كانت قيمته وقت العقد عشرة دراهم ثم نقصت عنها عند التسليم فليس لها المطالبة بالنقص وإن كانت قيمته وقت العقد أقل فلها المسمى وما يكمل العشرة

وذهب المتقدمون من الحنفية إلى أن تعليم القرآن وأحكام الدين لا يصلح أن يكون مهرا لأن هذه الأمور من العبادات والطاعات فلا يجوز أخذ أجر عليها . وأفتى متأخروا الحنفية بخلاف ذلك وقالوا بجواز أخذ الأجرة على هذه الأمور لأنه لو لم يعط معلموا القرآن والأحكام الدينية أجرا على ذلك لتعطل كثير من شعائر الدين حيث لا يوجد من يعلم بلا أجر . والخلاف بين المتأخرين والمتقدمين فى ذلك راجع إلى اختلاف العصور والأزمنة فكل أفتى بما يناسب زمنه وليس الأمر راجعا إلى خلاف فى الدليل وهذا ما يعبر عنه المؤلفون بأنه اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان وكل ماليس بمال وكذا كل مال متقوم فى ذاته ولكنه غير متقوم فى حق المسلم كالخمر والخنزير لا يصح أن يكون مهرا بالنسبة للمسلم ولو كانت الزوجة كتابية . ويكون المال معلوما علما تنتفى به الجهالة بالإشارة إليه وبتعيين جنسه ونوعه ومقداره إن كان مما يحتاج فى تعيينه إلى بيان المقدار فإذا جعل

مهرها فرسا أو قنطارا من القطن مثلا صحت التسمية والواجب حينئذ على الزوج اوسط من المسمى أو قيمته ولا تضر الجهالة اليسيرة فى المهر لأن المال غـــير مقصود بالذات فى الزواج فيتسامح فيه بما لا يتسامح فى العقود المالية .

وأما إذا كان المال مجهولا جهالة فاحشة كما إذا كان المهر حيوانا أو دارا أو ثوبا فلا يصح أن يكون مهرا لأن الجهالة فاحشة فتؤدى إلى النزاع بين الزوجين . وكل عقد زواج لا يصلح المسمى فيه أن يكون مهرا فهو صحيح متى استكمل أركانه وشروطه الشرعية ويجب فيه مهر المثل .

تعجيل المهر وتأجيله :

المهر فى الزواج ليس ركنا من أركانه ولا شرطا من شروطه وإنما هو من أحكامه المترتبة عليه وعلى ذلك فلا يجب على الزوج أن يدفع لزوجته كل المهر أو بعضه وقت إنشاء العقد أو قبل زفافها إليه أو قبل دخوله بها بل يعمل بما اتفق عليه العاقدان فى تعجيله كله أو تأخيره كله أو تعجيل بعضه وتأجيل الآخر إلى أجل قريب أو بعيد معين ، كسنة وشهر ، أو غير معين كالتأجيل لأقرب الأجلين الطلاق والموت . ويجوز أن يجعل المهر أقساطا معلومة متساوية أو غير متساوية يؤدى كل قسط منها فى ميعاد معين حسب اتفاق الطرفين وإن لم يوجد اتفاق على تعجيل المهر أو تأجيله كلا أو بعضا اتبع فى ذلك عرف البلد الذى حصل فيه العقد لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا . وقد جرى العرف فى بعض البلاد المصرية على تعجيل نصف المهر وتأجيل نصفه الآخر لأقرب الأجلين الطلاق والموت وفى بعضها على تعجيل الثلثين وتأجيل الثلث .

الحقوق المتعلقة بالمهر :

للمهر حالتان حالة ابتداء وحالة بقاء وتتعلق بالمهر حال الابتداء ثلاثة حقوق .

١ - حق الشرع . ٢ - حق الزوجة . ٣ - حق أولياء الزوجة.

فحق الشرع ألا يقل المهر عن عشرة دراهم لأن الشرع قدر الحد الأدنى للمهر بذلك (عند الحنفية) فلا يملك أحد إسقاط وجوب المهر أصلا ولا أنقاص مقداره عن عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل لأن المرء إنما يملك إسقاط حقه لا إسقاط حق غيره . وأما حق الزوجة وأوليائها فهو ألا يقل مقدار المهر عن مهر المثل ويبنى على هذا أنه إذا تزوجت المرأة البالغه العاقلة الحرة بأقل من مهر مثلها فلوليها العاصب الاعتراض على هذا العقد وطلب فسخه أمام القضاء إن لم يرض الزوج بإبلاغ المهر إلى مهر المثل وكذلك إذا زوج الولى المرأة البالغة العاقلة من كفء لها وبمهر أقل من مهر مثلها فلها حق الاعتراض على العقد فإذا ردته اعتبر باطلا لأن الشرط فى ذلك رضاها ورضا وليها، ورضا أحدهما لا يسقط حق الآخر أما فى حالة البقاء فالمهر حق الزوجة تتصرف فيه كما تتصرف فى سائر أملاكها متى كانت بالغه عاقلة رشيدة فيصح أن تبرىء زوجها منه أو بعضه ولا حق حينئذ لأحد من أوليائها فى الاعتراض عليها .

مقدار المهر الذى يجب للزوجة :

المهر الذى يجب للزوجه يختلف باختلاف حالة العقد فتارة .

١ — يكون المهر الواجب للزوجة عشرة دراهم .

٢ — وتارة يكون المهر الواجب لها مهر مثلها .

٣ — وفى بعض الأحوال يكون المهر الواجب هو المسمى فى العقد بالغا ما بلغ .

٤ — وفى أحوال يكون المهر الواجب للزوجة هو الأقل من المسمى ومهر مثلها .

متى يكون الواجب عشرة دراهم :

إذا سمى فى العقد مهرا أقل من عشرة دراهم أو شيئا قيمته وقت العقد أقل من عشرة دراهم ففى هذه الحالة يكون المهر الواجب للزوجة هو عشرة دراهم فقط أو الشيء المسمى وما يكمل العشرة وذلك لأن المهر إلى عشرة دراهم حق الشرع ومازاد إلى مهر المثل حق الزوجة وأوليائها فإذا رضيت بأقل من عشرة دراهم فقد أسقطت حقها وحق الشرع وهى لا تملك إلا إسقاط حقها فيكمل المهر إلى عشرة مراعاة لحق الشرع وقال الإمام زفر إن الواجب فى هذه الحالة للزوجة مهر مثلها لأن تسمية مالا يصلح مهراً شرعا كعدم التسمية والواجب عند عدم التسمية مهر المثل . وإذا سمى فى المهر عشرة دراهم وجبت .

ومن المفهوم أنه إذا كان للزوجة ولى عاصب ولم يرض بهذا المهر فله طلب الفسخ إذا كانت العشرة أقل من مهر المثل .

متى يجب مهر المثل :

إذا لم يسم فى العقد مهرا أصلا بأن قال الرجل للمرأة زوجينى نفسك فقالت قبلت أو كان الزواج على نفى المهر بأن قال لها زوجينى نفسك على ألا مهر لك فقالت قبلت أو سمى فى العقد مهراً لا تصح تسميته شرعا كتسمية مجهول الجنس أو القيمه ففى هذه الحالات كلها يكون الواجب مهر المثل ويصح العقد على ما تقدم وتسمى من سكتت فى العقد عن تسميه مهر لها (المفوضه) لأنها بسكوتها عن تسميه مهر لها كأنها رضيت

بتفويض أمر تقديره إلى زوجها فلها بعد العقد وقبل الدخول بها أن تطالبه بفرض مهر لها فإن تراضيا على مهر وجب وإن لم يتراضيا رفعت أمره إلى القضاء ليأمره بالفرض فإن لم يفعل قضى لها بمهر مثلها . وأما لو سكتت عن مطالبته بفرضه حتى دخل بها أو مات أحدهما فلها مهر مثلها لأنه هو الموجب الأصلي للعقد . ومهر المثل هو مهر امرأة من قوم أبي الزوجة كأختها وعمتها وبنت عمها تساويها وقت العقد سناً وجمالا ومالا وبلداً وعصراً وعقلا ودينا وأدباً وخلقاً وعلما وبكارة أو ثيوبة وعدم ولد فإن لم توجد واحدة من قوم أبيها تساويها فى هذه الصفات ينظر إلى مهر زوجه أجنبية تساويها فيها . وإذا اختلف الزوجان فى مقدار مهر المثل فادعى الزوج أنه خمسون جنيها مثلا وادعت الزوجة أنه مائة فإن أقام أحدهما بينة قضى له وإن لم توجد بينة فاليمين على من أنكر الزيادة وهو الزوج فإن حلف أن مهر مثلها كما ادعى قضى له وإن نكل قضى لها .

متى يجب المسمى فى العقد :

يجب المهر المسمى فى العقد إذا كانت التسمية صحيحة فى عقد صحيح كأن يسمى نقودا تعادل عشرة دراهم فأكثر أو ماله قيمة كذلك ، فإن كانت التسمية غير صحيحة ، فالواجب مهر المثل .

متى يجب أقل الأمرين : المسمى ومهر المثل :

إذا كان العقد فاسدا بأن عقد بلا شهود مثلا ، وكانت التسمية صحيحة ودخل الزوج بزوجته دخولا حقيقيا ، فالمهر الواجب فى هذه الحالة هو مهر المثل أو المسمى أيهما أقل ، فإن كان المسمى مائتين ومهر المثل مائة وجبت المائة ، وإن كان المسمى مائة ومهر المثل مائتين وجبت المائة فقط .

الزيادة فى المهر والحط منه :

يجوز للزوج إذا كان كامل الأهلية بعد تمام العقد وتسمية المهر فيه تسمية صحيحة أن يزيد المهر الذى سماه فى العقد ، وهذه الزيادة تلزمه وتعتبر ملحقه بالمهر وجزءاً مكملا له بشروط ثلاثة :

(١) أن تكون الزوجيه قائمه حقيقة ، كالزوجه التى لا تزال فى عصمة زوجها ، أو حكما بأن تكون مطلقه رجعيا ولا تزال فى العدة ، فإن زالت الزوجيه بالطلاق البائن أو انقضاء العدة فى الرجعى فلا تصح الزيادة .

(٢) أن تكون الزيادة معلومه ، فإن كانت مجهولة بأن قال الزوج لزوجته : زدت فى مهرك فلا تصح هذه الزيادة .

(٣) أن تقبل الزوجه الزيادة فى المجلس أو وليها . وكذلك يجوز للزوجه الكاملة الأهليه أن تحط عن زوجها برضاها ، وفى حال صحتها كل مهرها أو بعضه إن كان من النقود أو المكيلات أو الموزونات ، فإن كان مهرها عينا يجوز لها أن تهبه له كله أو بعضه ، وذلك لأن كلا منهما يتصرف فى خالص حقه ، وكذلك يجوز لأبى الصغير أو جده أن يزيد فى مهر زوجة الصغير بعد العقد من مال الصغير ، ويكون حكم هذه الزيادة كزيادة الزوج الكامل الأهليه ، وذلك بعد تحقق الشروط الثلاثة ، ولكن ليس لأبى الصغيرة أو جدها أن يحط عن زوجها شيئا من مهرها بعد العقد ، ووجه التفرقة غير ظاهر ، فإن كلا من الزيادة فى مهر زوجة الصغير والحط من مهر الصغيرة تبرع من مال الصغير ، فإما أن يجوز الأمران أو لا يجوزان .

متى يتأكد كل المهر :

تقدم أن المهر يجب بمجرد العقد فى الزواج الصحيح وبالدخول الحقيق فى الزواج الفاسد والمهر الواجب بالدخول الحقيق فى الزواج الفاسد غير

معرض لأن يسقط كله أو بعضه بأى فرقة كانت سواء أكان المهر الواجب هو المسمى فى العقد أم مهر المثل وذلك لأن الزوج بدخوله الحقيق قد استوفى المتعة بها فتقرر المهر وتأكد سواء افترق الزوجان بعد الدخول الحقيق من تلقاء أنفسهما أو بتفريق القاضى بينهما . وكذلك المهر الواجب بالدخول الحقيق بناء على شبهة كما إذا زفت امرأة إلى رجل وقيل له إنها زوجتك فدخل بها ثم تبين أنها ليست زوجته فيجب لهذه المرأة مهر مثلها بتمامه .

أما المهر الواجب بمجرد العقد فى الزواج الصحيح فهو واجب وجوبا غير مستقر بل هو عرضة لأن يسقط كله أو بعضه فهو يتأكد كله إذا دخل الزوج بزوجته حقيقة أو اختلى بها خلوة صحيحة أو مات أحـــدهما قبل الدخول والخلوة فإذا وجد بعد العقد الصحيح واحد من هذه الثلاثة تأكد وجوب المهر وصار حقا مستقرا للزوجة لا يسقط بأى فرقة من جهته أو من جهتها لأنه بالدخول الحقيق قد استوفى الزوج حقه فى المتعة فيتأكد للزوجة حقها وهو المهر كاملا . وبالخلوة الصحيحة قد مكنت الزوجة زوجها من نفسها ولم يوجد ما يمنعه أن يستوفى حقه ويستمتع بها فكونه مع ذلك لم يستوف حقه لا يمنع من تقرر حقها فى مهرها كاملا لأنها أسلمت نفسها وأتت ما وسعها وهو الذى اقتصر على الاستمتاع بالخلوة بها وقد قال الله تعالى « فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة » . وبموت أحد الزوجين قبل الدخول والخلوة انتفى احتمال طرو فرقة من قبل الزوج تنصف المهر أو فرقة من قبلها تسقطه فتقرر الواجب فى العقد بتمامه . فإذا كان الذى مات هو الزوج أخذت الزوجة مهرها أو ما بقى لها منه من تركته قبل قسمتها بين ورثته لأنه دين بها يجب سداده وإن كانت التى ماتت هى الزوجة أخذ ورثتها مهرها أو ما بقى منه من زوجها بعد خصم ما يخصه منه لأنه من ورثتها يستحق نصف تركتها أو ربعها .

الخلوة الصحيحة :

كما يتأكد كل المهر بالدخول فى الزواج الصحيح يتأكد أيضا بالخلوة الصحيحة ، والمراد بها أن يجتمع الزوجان متفردين فى مكان آمنين من اطلاع غيرهما عليهما بدون إذنهما وليس بأحدهما أى مانع حسى أو شرعى أو طبيعى يمنع من الجماع فإذا لم تتوافر هذه الشروط بأن كان اختلاؤهما فى مكان لا يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما أو اختليا وبهما أو بأحدهما مانع من الجماع شرعى كحيض أو صوم فرض أو طبيعى كوجود ثالث مميز أو حسى كصغر ومرض لا يستطاع معه الجماع فالخلوة فاسدة لا يتأكد بها المهر بتمامه وكما أن الخلوة الصحيحة فى الزواج الصحيح تشارك الدخول الحقيقى فى تأكيد وجوب المهر بتمامه فهى تشاركه أيضا فى إيجاب العدة عليها بعد الفرقة وفى الآثار المترتبة على العدة من وجوب النفقة وحرمة الجمع بينها وبين محرم لها وحرمة زواج أربع سواها ما دامت فى العدة . وتشارك الخلوة الصحيحة أيضا الدخول الحقيقى فى ثبوت النسب .

وتخالف الخلوة الصحيحة الدخول الحقيقى فيما يأتى :

١ — الإحصان : فالدخول الحقيقى يحصن الرجل فإذا زنى بعده رجم والخلوة الصحيحة لا تحصنه فإذا زنى بعدها جلد .

٢ — حرمة البنات : فالدخول الحقيقى بالأم يحرم بنتها على الزوج الذى دخل بها ، أما مجرد الخلوة الصحيحة فلا يحرم عليه بنتها .

٣ — حل المرأة المطلقة ثلاثا : فإذا تزوجت المرأة المطلقة ثلاثا بآخر واختلى بها فقط خلوة صحيحة لا تحل لمطلقها الأول حتى يدخل بها الثانى دخولا حقيقيا .

٤ — الرجعة : فالطلاق من بعد الدخول الحقيقي رجعي و بعد الخلوة الصحيحة بائن ، وكذلك الدخول الحقيقي بالمطلقة رجعيا يعتبر مراجعه ولكن الخلوة الصحيحة بها لا تعد مراجعه .

٥ — فى الميراث : فلو طلقت الزوجة بعد الدخول الحقيقي ثم مات وهى فى العدة ترثه لأن طلاقها رجعى ولكن لو طلقت بعد الخلوة الصحيحة ثم مات وهى فى العدة لا ترثه لأنها بائنة منه .

هذا : والخلوتان الصحيحة والفاسدة فى الزواج الصحيح تشتركان فى إيجاب العدة بعد الفرقة احتياطا للمحافظة على الأنساب وعدم اختلاطها ، والخلوة مطلقا فى الزواج الفاسد صحيحة كانت أو فاسدة لا توجب المهر بتمامه لأن الشأن أن فساد الزواج يكون مانعا للزوجين من الجماع فلا تعتبر الخلوة تمكينا من الاستمتاع ولا مظنة له .

متى يجب نصف المهر : إذا سمى فى عقد الزواج الصحيح مهر تسميه صحيحه ثم انحلت عقدة الزوجية قبل الدخول أو الخلوة الصحيحة بسبب من قبل الزوج وجب للزوجة نصف المهر فقط سواء كان سبب الفرقة الذى من قبله تطليقا أو فسخا بغير اختياره نفسه عند البلوغ .

ودليل هذا قوله سبحانه فى سورة البقرة : « وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذى بيده عقدة النكاح » فقد دلت الآية على أن الزوجة التى طلقها زوجها قبل أن يمسها ، أى قبل أن يدخل بها حقيقة أو حكما ، وكان قد فرض لها مهراً ، فالواجب المستحق لها عليه نصف مافرض لها ، فإن كانت لم تقبض مهرها فلها مطالبة زوجها بعد الطلاق بنصفه إلا أن تعفو و تتنازل عن مطالبته وإن كانت قبضته فلزوجها الذى بيده عقدة النكاح مطالبتها بعد الطلاق بأن

ترد إليه نصفه إلا أن يعفو ويتنازل عن مطالبتها برده . ومثل المطلقة فى هذا الحكم كل من فارقها زوجها قبل الدخول بها بسبب من قبله ، كما إذا ارتد عن الإسلام زوج المسلمة ، أو أبى الزوج غير المسلم أن يسلم بعد إسلام زوجته وأما فسخه بخيار البلوغ فهو فسخ للعقد من أصله ، فلا يجب عليه شىء ما دام لم يدخل بمن عقد عليها لا حقيقة ولا حكما ، لأن العقد إذا انفسخ يعتبر كأنه لم يكن . وحكمة وجوب نصف المهر فى هذه الحالة أن لها وجهتين من النظر مختلفتين :

الأولى : أن الزوج بالفرقة قبل الدخول الحقيق أو الحكمى لم يستمتع بزوجته أى نوع من الاستمتاع ، ولم تقم له بواجب من واجبات الزوجية ، وحالها بعد الفرقة على ما كانت عليه قبل العقد ، وهذا يقتضى أنه لا يجب شىء على الزوج من المهر .

الثانية : أن الزوجة بالعقد ملكت زوجها حق المتعة بها ، ولم تمنعه من استيفاء حقه ، وهو الذى فوت ملكه اختياراً بالفرقة الحاصلة من قبله ، وذلك يقتضى أن يجب عليه كل المهر ، فالشارع الحكيم وفق بين الوجهتين ، وراعى جانب كل من الزوجين ، وأوجب على الزوج فى هذه الحالة نصف المهر المسمى فقط فلم يفوت على الزوجة كل حقها ، ولم يلزم الزوج بكل ما وجب فى العقد .

وذهب الحنفية إلى أن قوله تعالى : « فنصف ما فرضتم » يدل على أن الذى يتنصف بالطلاق قبل الدخول حقيقة أو حكما هو المهر الذى فرض حين العقد فرضا صحيحاً ، لأن هذا هو الذى يفهم من إطلاق « ما فرضتم » وعلى ذلك فالزيادة التى زيدت بعد العقد فى المهر المسمى لا تتنصف ، لأن هذه الزيادة لم تفرض وقت إنشاء العقد فتسقط بالفرقة قبل الدخول وقبل الخلوة

فلا تستحق الزوجة شيئاً منها على زوجها ، وكذلك لا يتنصف المهر المسمى فى عقد الزواج الفاسد ، لأن الزواج متى كان فاسدا لا يجب فيه المهر بنفس العقد ، وإنما يجب بالدخول الحقيقى ، والمهر بعد الدخول لا ينتصف ، وإنما يجب كله ، فلا يتأتى أن تستحق الزوجة نصف المهر المسمى فى الزواج الفاسد وأيضا لا يتنصف مهر المثل ، لأن النص السابق فى تنصيف نصف المفروض وقت العقد ومهر المثل يجب فى الحالات التى ليس فيها فرض صحيح وقت العقد ، وكذلك فلا يتنصف المهر المفروض للمفوضة بعد العقد بتراضى الزوجين أو بأمر القاضى ، لأنه لم يفرض وقت العقد وإنما فرض بعده ، فلا يتناوله قوله تعالى : « فنصف ما فرضتم » لأن المتعارف إطلاق لفظ المفروض على ما فرض وقت العقد لا على ما فرض بعده . وذهب الإمامان مالك والشافعى إلى أن المفروض يتنصف بالطلاق قبل الدخول بدون فرق بين المفروض فى العقد والمفروض بعده ، لأن الفرض فى الآية معناه التقدير فقوله تعالى : « فنصف ما فرضتم » يتناول المفروض مطلقا وتقييد المفروض بكونه فى العقد لا وجه له ، لأن اقتران الفرض بالعقد لا أثر له فى الحكم بدليل تساوى المفروض فى العقد والمفروض بعده فى سقوط الكل إذا وجد ما يقتضى سقوط المهر كله ، وفى تأكد المهر وتقرره إذا وجد أحد الأمور المؤكدة لوجوبه بتمامه .

ومذهب المالكية والشافعية فيما يظهر أقوى فى الدليل .

وخلاصة مذهب الحنفية الواجب العمل به قضاء وإفتاء فى الجمهورية العربية المتحدة أن الزوجة تستحق نصف المهر المسمى فقط إذا وقعت الفرقة بينها وبين زوجها بأربعة شروط :

١ — أن يكون عقد الزواج صحيحا .

٢ — أن يكون المهر مسمى فى العقد تسمية صحيحة .

٣ — أن تقع الفرقة بينهما قبل الدخول وقبل الخلوة الصحيحة .

٤ — أن تكون الفرقة بسبب من قبل الزوج سواء كانت الفرقة طلاقا أو فسخا ماعدا الفرقة بخيار البلوغ .

وجوب المتعة :

المراد بالمتعة ما يعطيه الزوج لزوجته بعد حصول الفرقة بينهما من الثياب أو ما يقوم مقامها تطييبا لنفس الزوجة وتعويضا لها عن إيحاشها بالفرقة التى حصلت بينها وبين زوجها . وهى واجبة عند الحنفيه إذا حصلت الفرقة بسبب من جهة الزوج وكانت قبل الدخول والخلوة وخلا عقد الزواج من تسمية المهر تسمية صحيحه سواء سمى بعد العقد أم لا فإن أعطاها المطلق للمطلقة انتهى الأمر وإلا رفعت الأمر إلى القاضى ليحكم عليه بها . ودليل وجوب المتعة فى هذه الحالة قوله تعالى : « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ، ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » إذ معنى الآية لا أثم عليكم ولا تبعه إن طلقتم النساء فى هذه الحالة ولكن يجب عليكم متعتهن . وهى كسوة كاملة مما تلبسه المرأة عند الخروج من المنزل حسب المتعارف فى بلدها ولها حد أدنى لا يقبل أقل منه وهو قيص يستر بدنها وخمار تغطى به رأسها وإزار تشتمل به المرأة عند الخروج . ويصح أن يعطى بدل المتعة ثمنها من نقود . وقد اختلف فيمن يراعى حاله فى تقدير المتعة فقيل يراعى حال الزوجة وقيل حال الزوج وقيل حالهما معا والذى يتناسب وما عليه العمل فى المحاكم بالنسبة لتقدير نفقة الزوجة هو مراعاة حال الزوج فقط فإن الحنفية مختلفون فيمن تراعى حاله فى تقدير نفقة

الزوجة مثل اختلافهم فى المتعه لكن الجارى عليه العمل فى المحاكم بالنسبة لتقدير نفقة الزوجه هو مراعاة حال الزوج فقط يسراً وعسراً طبقا للمادة (١٦) من القانون ٥ لسنة ١٩٢٩ التى نصت على أنه (تقدر نفقة الزوجه على زوجها بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حالة الزوجه) فينبغى أن يكون الأمر كذلك بالنسبه للمتعه ليتسق التشريع ولأن هـذا هو الأرفق بالأزواج وأيضا فأن الله تعالى يقول : « على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » وقال الفقهاء يشترط ألا تزيد المتعة على مقدار نصف مهر المثل لأنها قائمه مقامه ولا تنقص عن خمسة دراهم لأنها أقل نصف المهر شرعا هـذا وقد قال فقهاء الحنفيه إن المتعه تستحب لكل مطلقه بعد الدخول

سقوط كل المهر وعدم وجوب شىء منه للزوجة :

إذا حصلت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول حقيقة أو حكما وكان سبب الفرقه آتيا من قبلها سقط مهرها ولا حق لها فى شىء منه فإن كانت لم تقبضه فليس لها مطالبة الزوج به وإن كانت قبضته فعليها رده ، وذلك كما إذا اختارت نفسها عند البلوغ فى الحال التى لها فيها خيار الفسخ أو ارتدت عن الإسلام فلا تستحق شيئا من مهرها لأنها هى التى فوتت الزوج حقه وحالت بينه وبين المتعه ، ولأنها بأقدامها على سبب الفرقه مع علمها بأنه لم يوجد ما يؤكد لها مهرها تعتبر كأنها متنازلة عنه وباختيارها الفسخ بالبلوغ نقضت العقد من أصله فلا يستحق لها شىء وكذلك إذا كانت الفرقه آتيه من قبل ولى الزوجه كما إذا فسخ الزواج لعدم كفاءة الزوج قبل الدخول بناء على طلب الولى أو فسخ بناء على طلبه لنقصان المهر عن مهر المثل فتعتبر هـذه فرقة من الزوجه لأن وليها من قبلها .

اقتران المهر بشرط :

إذا سمى المهر مطلقا غير مقترن بشرط لأحد الزوجين أو محارمها كان الواجب هو المسمى على ما تقدم أما إذا سمى المهـر وقرن به شرط فهـنا له أحوال ثلاثة .

الأولى : أن يسمى الزوج لزوجته مهرا أقل من مهر مثلها ويشترط لهـا على نفسه فى نظير ذلك شرطا فيـه منفعة مباحة شرعا مقصودة لهـا يتوقف تحققها على فعله سواء كانت المنفعة لشخصها أو لقريبها المحرم كأن يكون مهر مثلها مائة ويسمى لهـا ثمانين على ألا يتزوج عليها أولا ينقلها من بلدها أو أن يطلق ضرتها . ففى هــــذه الحالة يعتبر المهر الذى رضيت به الزوجة بمجموع الأمرين . القدر المسى والمنفعة المشروطة فإذا وفى الزوج بالشرط فلها المسمى الذى تراضيا عليه وإن لم يوف بالشرط تستحق مهر مثلها لا المسمى لأن هذا المسمى لم ترض به مع نقصه عن مهر مثلها إلا مع تحقيق المنفعة المشروطة لهـا فإذا فاتت المنفعة فات رضاها بالمسمى فيجب الموجب الأصلى لـكل زواج لم يتراض فيه على تسمية وهو مهر المثل لأن المنفعه كانت عوضا لها عن الفرق بين المسمى ومهر مثلها ولهـذا إذا كان المسمى لا ينقص عن مهر مثلها فـلا أثر للإخلال بهذا الشرط كما لا يـكون أثر للإخـلال به إذا كان المشروط مضرة لا منفعة كأن يتزوج عليها أو منفعة غير مباحة شرعا كأن يسقيها خمر أو منفعة لأجنبي منها ففى هذه الحالات يكون الواجب هو المسمى فالمراد أن تـكون المنفعة المشروطة مبـاحة مقصودة يستحق بفواتها العوض وهــــو الفرق بـين المسمى ومهر المثل .

الثانية : أن يسمى الزوج لزوجته مهرا أكثر من مهر مثلها ويشترط لنفسه عليها فى نظير ذلك شرطا فيه منفعة له كأن يكون مهر مثلها مائة ويسمى لها مائة وخمسين على أن تكون عذراء أو سليمة من الأمراض أو بيضاء ففى هذه الحالة إذا

تحقق المشروط للزوج فعليه المسمى وإن لم يتحقق فليس عليه إلا مهر مثلها لأنه إنما رضى بالزيادة على مهر مثلها فى مقابلة هذا الوصف الذى يرغب فيه فإذا فات هذا الوصف فات رضاه بما زاد عن مهر المثل فلا يجب عليه إلا مهر المثل . وهذا إذا كان فى عبارة العاقدين ما يفيد أنهما تراضيا على جعل المنفعة المشروطة لها فى مقابل النقص عن مهر مثلها فى الحالة الأولى وجعل الوصف المرغوب فيه منه فى مقابل الزيادة على مهر مثلها فى الحال الثانية أما إذا شرط أحد الزوجين فى العقد شرطا فيه منفعة له ولم تجعل هذه المنفعة فى مقابل نقص عن مهر المثل أو زيادة عليه بل كان اشتراطها الرضا بالزواج نفسه لا بمقدار المهر المسمى فيه فمذهب الحنفية أنه لا أثر لهذا الاشتراط ولا يترتب على الإخلال به شىء لأن الزواج عندهم لا يدخله خيار شرط ولا رؤية ولا عيب .

ومذهب الإمام احمد بن حنبل أنه إذا شرط أحد الزوجين شرطا فيه نفع مقصود له وفات الشرط فللمشروط له خيار الفسخ لأنه ما رضى بالزوجية إلا على هذا الشرط ولا يسقط حقه فى الفسخ إلا إذا أسقطه أو رضى بمخالفة الشرط ويستدل لذلك بأن الزوج ما رضى بالزواج إلا على هذا الشرط فإذا فات الشرط فات الرضا فيثبت الخيار ولأن أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللت به المتعة بالزوجات .

الثالثة : أن يسمى الزوج لزوجته مهرا على شرط ومهرا على شرط آخر كأن يتزوجها على مائة إن كانت سليمة من الأمراض وعلى خمسين إن كانت غير سليمة فعلى قول الصاحبين التسميتان صحيحتان فإن كانت سليمة فلها المائة وإن كانت غير سليمة فلها الخمسون وذلك لحصول التراضى عليه .

وعلى قول زفر التسميتان غير صحيحتين لأن المسمى مردد بين شيئين

والترديد مورث للجهالة وتسمية المجهول غير صحيحة فالواجب لها مهر مثلها لا يزيد على مائة لأنها رضيت بها ولا ينقص عن خمسين لأنه رضى بها .

وعلى قول أبى حنيفة المسمى الأول على التقدير الأول صحيح فإن تحقق أول الشرطين وجب المسمى له وأما الثانى فغير صحيح لأنه ورد بعد الأول الذى صح فلم يصادف محلا فإن تحقق الشرط الثانى بأن تبين أنها غير سليمة فى المثال المذكور فالواجب لها مهر المثل لا يزيد عن مائة والراجح قول الصاحبين .

قبض المهر وتصرف الزوجة فيه

المهر بعد العقد يصير حقا خالصا للزوجة فإن كانت كاملة الأهلية غير محجور عليها للسفه فهى التى تقبضه بنفسها او بمن توكله عنها فى قبض مهرها سواء أكانت بكرا أم ثيبا ويراعى أن توكيل الثيب لأبيها أو جدها فى قبض مهرها لا بد أن يكون بتصريحها ، وأما البكر فيكون توكيلها بتصريحها وبسكوتها عن نهيه أن يقبض لأن العادة جارية بأن ولى البكر هو الذى يقبض مهرها ويتولى تجهيزها فيكون سكوتها رضا بقبضه جريا على العرف وأما الثيب فالمتعارف أنها تباشر شؤونها بنفسها فلا بد من إذنها له بالقبض بصريح القول أو الفعل . وإن كانت غير كاملة الأهلية فالذى يقبض مهرها هو ولى مالها ، والولى المالى هو واحد من ستة على هذا الترتيب : الأب ثم وصيه ، ثم الجد ثم وصيه ، ثم القاضى ووصيه . وكل من الأب والجد له الولاية على نفس الصغيرة ومالها ، فله تزويجها ، وله قبض مهرها ، ومن عدا الأب والجد من الأقارب له الولاية على نفس الصغيرة فقط ، فله تزويجها ، وليس له قبض مهرها إلا إذا كان مقاما وصيا عليها . والوصى له الولاية على

مال الصغيرة فقط ، فله قبض مهرها وليس له تزويجها إلا إذا كان قريباً لها ولا يوجد أقرب منه . فمن له الولاية على النفس والمال معاً يملك التزويج وقبض المهر . ومن له الولاية على أحدهما فقط لا يتعداه إلى الآخر ، فإذا قبضت الكبيرة العاقلة مهرها بنفسها أو بوكيلها برئت ذمة الزوج منه . وإذا قبض مهر الصغيرة واحد ممن لهم الولاية على مالها فقبضه معتبر وتبرأ به ذمة الزوج ، وليس للصغيرة بعد بلوغها أن تطالب زوجها بشيء منه وشأنها مع وليها .

وإذا قبضه واحد ممن ليست لهم الولاية على مالها فقبضه غير معتبر ولا تبرأ به ذمة الزوج . فللزوجة بعد بلوغها أن تطالب زوجها به وهو يرجع على من دفعه إليه ، وذلك كما إذا قبض مهر الكبيرة أحد بدون توكيل منها .

ويترتب على أن المهر بعد العقد خالص حق الزوجة أن لها أن تتصرف فيه بجميع أنواع التصرفات الجائزة لها شرعا شأن كل مالك فى ملكه فلها أن تشترى به وتبيعه وتهبه لأجنبى أو لزوجها .

ضمان المهر

إذا قبضت الزوجة كل مهرها عند إنشاء العقد فقد استوفت حقها وبرئت منه زمة الزوج وإذا لم تقبض وقت العقد كل مهرها أو قبضت بعضه ولم تقبض البعض فالمهر بعضه أو كله دين فى ذمة الزوج إن كان مما لا يتعين بالتعيين وفى ضمانة إن كان مما يتعين بالتعيين ويجب عليه أن يسلمه إليها . ولها فى هذه الحالة إن كانت كاملة الأهلية ولوليها إن كانت فاقده الأهليه أو ناقصتها أن تأخذ من الزوج رهنا للاستيثاق من حصولها على حقها تستوفى منه مهرها عند امتناعه عن دفع المهر لها وتعذر الاستيفاء منه وتكون هى أحق بالرهن من غيرها حتى تستوفى منه مهرها كما أن لها أن تأخذ من زوجها كفيلا وفى وثيقة

الزواج الرسمية التى هى معدة لإثبات عقد الزواج سطر معد لإثبات الكفالة فى المهر أو النفقة أو فيهما معا إن وجدت . ويحصل كثيرا أن يكفل الزوج أبوه أو جده أو أخوه أو عمه فى مهر الزوجة فإذا كفل الزوج أحد فى المهر فالزوجة بالخيار إن شاءت طالبت الزوج بأداء مهرها وإن شاءت طالبت الكفيل فإن أداه الزوج إليها فقد برئت ذمته وإن أداه الكفيل رجع به على الزوج إن كانت الكفالة بأمره وإذنه وإلا فلا رجوع وإذا كان الكفيل أبا الزوج والزوج كبير فإن كانت كفالة الأب بإذن الزوج رجع بما أداه إليه وإلا فهو متبرع بما أداه فلا يرجع به عليه .

أما إذا كفل الأب ابنه الصغير الفقير فليس له الرجوع عليه بالمهر الذى أداه عنه إلا إذا أشهد عند أدائه أنه أداه ليرجع به عليه وذلك لأن العادة جارية بأن الآباء يدفعون مهر أبنائهم الفقراء فهى قرينة تبرع الأب بما ضمن فإذا أراد خلاف المعتاد فلا بد أن يشهد على ذلك . ولو مات والد الصغير الفقير قبل أن يدفع المهر الذى ضمنه لزوجته فللزوجة أخذه من تركته ولباقى الورثة الرجوع به فى نصيب الصغير من ميراث أبيه . وإذا لم يكفل الأب ابنه الصغير فى مهره فليس للزوجة مطالبة الأب به لأنه ليس مدينا ولا كفيلا لكن إذا كان الصغير غنيا فللزوجة مطالبة أبيه بأن يدفع لها مهرها من مال الصغير المشمول بولايته وإن لم يضمن .

والكفالة عقد كسائر العقود تتم بالإيجاب والقبول فإذا كفل الزوج غيره فى مهر زوجته فلا بد لصحة الكفالة ونفاذها من قبول الزوجة لها فى مجلس إيجابها إن كانت كاملة الأهلية أو قبول وليها إن لم تكن كذلك وإذا كفل الزوج فى المهر أبو الزوجة قامت عبارته مقام إيجابه وقبولها لماله من الولاية عليها .

هلاك المهر واستهلاكه واستحقاقه :

إذا هلك المهر فى يد الزوجة بعد قبضه فهو ملكها وهلاكه عليها لاترجع على الزوج بشيء وكذلك إذا استهلكته هى أو استهلكه غيرها كان ضمانه على من استهلكه .

أما إذا هلك فى يد الزوج قبل أن تقبضه الزوجة منه فهو ضامن لمثله أو قيمته سواء أهلك من نفسه أم بفعل الزوج إلا إذا كان هلاكه بعمل من الزوجة فإنها باستهلاكه تعتبر مستوفية له . وإذا كان هلاكه بفعل أجنبي فضمانه على من استهلكه والزوجة بالخيار إن شاءت ضمنت هذا المستهلك وإن شاءت ضمنت زوجها وهو يرجع على المستهلك بما أداه .

وأما إذا استحق المهر بأن تبين أن المنزل المسمى مهرا ليس ملكا للزوج بل هو ملك غيره فسواء أكان ثبوت استحقاقه قبل القبض أم بعده فالزوج ضامن لمثله أو قيمته . وإذا استحق بعضه كثلثه أو نصفه فكان المهر من المثليات أخذت الزوجة الباقى ورجعت على الزوج بمثل المستحق . وإن كان من القيميات كمنزل مثلا خيرت الزوجة بين أن تأخذ الباقى وقيمة المستحق من الزوج وتصير شريكة مع المستحق . وبين أن تأخذ قيمة المسمى كله وتترك للزوج الباقى منه ليكون هو شريك المستحق لأنها لا تجبر على شركة فى مهرها قد لا ترضاها .

قضايا المهر

قضايا المهر والمنازعات بشأنه بين الزوجين أو ورثتهما ليست محصورة فى مسائل معينة فقد يكون النزاع فى أن المهر المستحق بالطلاق كل المسمى أو نصفه وقد يكون النزاع فى مقدار مهر المثل ما هو . وقد يكون النزاع

فى أن صيغة الكفالة المدونة بالعقد تتناول المهر أولا تتناوله إلى غير ذلك من صور المنازعات ولكن فقهاء الحنفيه اقتصروا فى هذا البحث على ذكر قضايا أربع :

الأولى : إذا ادعت الزوجة بعد الدخول بها حقيقة أن مهرها كله باق فى ذمة زوجها وأنها لم تقبض شيئا من مقدم صداقها والزوج ينكر ذلك فأنه لا تسمع هذه الدعوى لأنها مكذبة بالظاهر إذ الغالب أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا بعد قبض مقدم صداقها أو شيء منه . فإن ادعت أن الباقى لها بذمة الزوج بعض المقدم لا كله فأنه تسمع دعواها . وإن ادعى الزوج أنه أوفاها جميع مقدم صداقها فعليه إثبات ذلك . والمرجع فى أن الظاهر يكذب دعواها أو لا يكذبها إلى العرف .

الثانية : إذا ادعى أحد الزوجين أنه سمى فى العقد مهر تسمية صحيحة وأنكر الآخر حصول تسمية فالبينة على من ادعى التسميه واليمين على من أنكرها فإن أقام المدعى البينة قضى بالمسمى الذى ادعاه وإن عجز عن إقامة البينه وطلب تحليف المنكر وجهت إليه اليمين فإن نكل عن الحلف حكم عليه بسبب نكوله لأن النكول بمثابة اعتراف منه بدعوى المدعى وإن حلف أنه لم تحصل تسمية حكم برفض دعوى المدعى ويكون الواجب حينئذ مهر المثل لأنه هو الموجب الأصلى لكل زواج لم يثبت حصول تسمية للمهر فيه على ألا ينقص مهر المثل الواجب عما ادعاه الزوج إن كان هو مدعى التسميه ولا يزيد عما ادعته الزوجه إن كانت هى مدعية التسميه لأن ادعاء كل منهما مسمى معينا يعد رضا منه به . فالزوج راض بأنه يزيد مهر المثل إلى ما ادعاه والزوجه راضية بأن ينقص إلى ما ادعته .

وطبقا للأحكام السابقة فى المهر يكون الواجب مهر المثل إذا كان النزاع فى حالة تستحق فيها الزوجة المهر بتمامه بأن كانت الزوجية الصحيحة قائمة أو حصلت فرقة ولكن بعد وجود ما يؤكد وجوب المهر بتمامه من دخول حقيقى أو حكمى .

وأما إذا كان النزاع بعد الفرقة وقبل وجود واحد من مؤكدات وجوب المهر بتمامه فإنه إذا حلف المنكر ترفض الدعوى ويكون الواجب المتعة لأنها هى التى تقوم مقام نصف مهر المثل على ألا تنقص عن نصف ما سماه الزوج إن كان هو المدعى ولا تزيد على نصف ما سمته الزوجة إن كانت هى المدعية .

هذا إذا كان النزاع فى أصل التسمية بين الزوجين أنفسهما ومثله ما إذا كان النزاع بين أحدهما وورثة الآخر أو بين ورثتهما وهذا قول الصاحبين وعليه الفتوى .

وخالفهما الإمام أبو حنيفة فيما إذا كان النزاع بين ورثتهما وطال العهد بموت الزوجين وموت أقرانهما فقال إنه فى هذه الحال لا يمكن معرفة مهر المثل حتى نوجبه وبناء على قوله هذا إذا حلف المنكر ترفض دعوى المدعى ولا يقضى بشىء لا بالمسمى لعدم ثبوته ولا بمهر المثل لعدم معرفته فإن لم يتقادم عهد موتهما وأمكن معرفة مهر المثل فالإمام وصاحباه متفقون على وجوبه بعد الحلف .

الثالثة : إذا اختلف الزوجان فى قدر المسمى بأن أدعت الزوجة أن المهر المسمى مائة جنيه وادعى الزوج أنه ثمانون فقال الإمام أبو يوسف إن الزوجه تدعى الزيادة والزوج ينكرها فإن أثبتت ما أدعت قضى لها به وإن عجزت وطلبت يمين الزوج وجهت إليه اليمين فإن نكل قضى بما ادعته وإن

حلف قضى بالقدر الذى ذكره هو إلا أن يكون قدرا أقل من مهر مثلها بحيث يستنكر عادة أن يسمى لمثلها فيحكم مهر المثل وقال الإمامان أبو حنيفة ومحمد إن كل واحد منهما مدع ومنكر فالزوج يدعى أن مهرها ثمانون وينكر دعواها فى زيادة العشرين وهى تدعى عليه بالعشرين وتنكر أن له الحق فى إدخالها فى طاعته حتى تتسلمها وإذا كان كل منهما مدعيا فمن أقام منهما بينة على دعواه قضى له وإن أقاما بينتين فإن كان مهر المثل يشهد لإحدى البينتين كانت مرجوحة والبينة الأخرى راجحة لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر ، وقد قال بعض المؤلفين إن فى هذا التعليل نظرا لأن كون البينات شرعت أصلا لإثبات خلاف الظاهر لا يقتضى أن وجود قرائن وشواهد تعضدها يجعلها مرجوحه ويجعل الأخرى التى تكذبها القرائن والشواهد راجحه مع أن الظاهر قد يكون وحده شهادة فكيف إذا تأيد ببينه يضعف.

وإذا كان مهر المثل لا يشهد لإحدى البينتين بأن كان أكثر مما قال الزوج وأقل مما قالت الزوجة فلا مرجح لإحدى البينتين المتعارضتين فتسقطان ويقضى بمهر المثل . وإن لم يكن لأحدهما بينة فالقول لمن يشهد له مهر المثل بيمينه ، فإن شهد للزوج وجهت إليه اليمين بطلبها ، وإن شهد للزوجة وجهت إليها اليمين بطلبه . فمن نكل قضى عليه بما ادعاه خصمه ، ومن حلف قضى له بما ادعاه ، وإن كان مهر المثل لا يشهد لواحد منهما تحالفا ، أى وجهت اليمين إلى كل منهما ليحلف على نفى دعوى صاحبه ، فإن حلفا جميعا قضى بمهر المثل ، وإن نكل أحدهما قضى عليه بما ادعاه خصمه ويبدأ بتحليف الزوج. والعمل فى المحاكم بمذهب الإمام أبى يوسف ، فقد جاء فى المادة ١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما نصه :

(إذا اختلف الزوجان فى مقدار المهر فالبينة على الزوجة ، فإن عجزت

كان القول للزوج بيمينه ، إلا إذا ادعى ما لا يصح أن يكون مهراً لمثلها عرفا فيحكم مهر المثل ، وكذلك الحكم عند الاختلاف بين أحد الزوجين وورثه الآخر أو بين ورثتهما) .

والذى دعا المشرع إلى الأخذ بقول الإمام أبى يوسف أنه أعدل وتطبيقه أيسر ، لأن تحكيم مهر المثل وترجيح البينة التى لا يشهد لها قد يكون متعذرا فى بعض الحالات .

الرابعة : إذا أعطى الخاطب مخطوبته ، أو أعطى الزوج زوجته قبل الدخول بها أو بعده شيئا من النقود أو الحلى أو الثياب أو الطعام أو غيرها ، ولم يعين وقت إعطائه أنه هدية أو من المهر ، ثم اختلفا فادعت هى أنه هدية وادعى هو أنه من المهر ، فإن أقام أحدهما بينة على ما ادعاه قضى له ، وإن أقاماها جميعا رجحت بينتها ، لأنها تثبت خلاف الظاهر ، إذ الظاهر أن المعطى أعطى ليؤدى الواجب عليه ، فإن الإنسان يعمل أولا على تخليص ذمته مما عليه ثم يهدى ويتبرع . وإن عجزا عن إقامة البينة فالقول لمن يشهد له العرف بيمينه ، فإن كان العرف جاريا بأن هذا المعطى يعتبر هدية فالقول فيه للمرأة بيمينها ، وإن كان لم يتعارف بأنه هدية فالقول فيه للرجل بيمينه وإن لم يكن عرف فالقول للرجل بيمينه ، لأنه هو المعطى وإليه المرجع فى بيانه على أى وجه كان الإعطاء . لكن إذا كان ما أعطاه مما يستنكر أن يكون مهراً كطعام مهيأ للأكل من سمك أو شواء ونحوه ، فلا يكون القول فيه له ، وتصدق فيه هى بيمينها ، لأن الظاهر أن مثل هذا من الهدايا .

وفى كل موضع يثبت فيه أن المعطى مهر سواء أكان ثبوته بالبينة أم اليمين فإن كان هذا المعطى موجودا فى يد الزوجة فهى بالخيار إن شاءت احتسبته من مهرها واستوفت ما بقى لها منه وإن شاءت ردته واستوفت مهرها كاملا .

وإن كان قد هلك فى يدها أو استهلك أحتسب عليها بقيمته واستوفت الباقى لها من مهرها إن بقى لها منه شىء .

وإذا عدل الخاطب عن الخطبه بعد أن قدم لمخطوبته نقودا أو حليا أو ثيابا أو طعاما أو غير ذلك فما تبين أنه قدمه على أن يكون من المهر يسترده بنفسه إن كان قائما ويسترد مثله أو قيمته إن كان هالكا أو مستهلكا لأنه قدمه على أنه واجب ولم يجب وما تبين أنه قدم هدية يسترده إن كان موجودا على حاله وأما إن هلك أو استهلك فلا يسترد بدله أى شىء وكذلك إذا منع من الرجوع مانع مما يمنع رجوع الواهب فى هبته .

أوجب الشارع المهر فى الزواج على الزوج لزوجته تعظيما لشأن المرأة وصونا لها عن الابتذال والإظهار شرف المحل ولم يوجبه الشارع فى مقابل جهاز تعده الزوجة لتزف به زوجها فالمهر ملك خالص للزوجة ليس لغيرها فيه شىء وهى وحدها التى تملك التصرف فيه كيف تشاء . وإعداد البيت ليس واجبا على الزوجة بل ذلك واجب على الزوج فهو الملزم بإعداد مسكن الزوجية من فرش ومتاع وأدوات منزلية وغير ذلك مما يتطلبه المنزل لأن ذلك من النفقة الواجبه عليه كالطعام والكسوة والمسكن . وعلى ذلك فلو زفت المرأة إلى زوجها بدون جهاز أو بجهاز لا يتناسب مع المهر الذى دفعه الزوج فليس له أن يطالبها أو يطالب وليها بجهاز كما أنه ليس له أن يطالب أحدهما بتنقيص شىء من المهر الذى دفعه ولو كان قد بالغ فى المهر رغبة فى كثرة الجهاز أو جودته . ومع أنه لا يجب شرعا على الزوجه الجهاز ولا يلزمها زوجها بذلك إلا أن العادة المستمرة قديما وحديثا جرت بأن المرأة لا تزف إلى زوجها بدون جهاز بل المتعارف بين الناس أن أهل الزوجه ينفقون

أكثر من مهرها فى سبيل إعـداد جهازها وما يلزمها . فإذا زفت المرأة إلى زوجها بجهاز فهو ملك لها وليس لزوجها فيه أى شىء فـلا يحق له أو لغيره الانتفاع به إلا بإذنها ورضاها حتى إذا طالبها الزوج باستعمال الجهاز فى مسكن الزوجية ولم ترض بذلك فليس له إجبارها لأن الزوج كما تقدم هـو الملزم بإعداد مسكن الزوجيه فإذا استعمل الزوج جهاز الزوجه بدون إذن منها كان غاصبا له وللزوجه استرداده مادام موجوداً فى يده وإن كان هالكا أو مستهلكا رجعت عليه بمثله أو قيمته أما إذا دفع الزوج لزوجته مالا فى نظير إعـداد الجهاز أو نوع خاص منه فإن كان المـال الذى دفعه منفصلا عن المهر وقـد اشترك صراحه ما ذكر أو جرت العادة بذلك فإنه يجب على الزوجه أن تعد الجهاز تنفيذا للشرط أو لمـا جرى به العرف لأن المتعارف عرفا كالمشروط نصا وإن لم تعد الجهاز وزفت إلى زوجها بدونه فللزوج أن يطالبها بالمـال الذى دفعه إليها لأنه مقابل بالجهاز على ما يقتضيه الشرط أو العرف فيكون هبة بعوض فله أن يرجع عليها حتى لو سكت الزوج بعـد الزفاف ولم يطلب جهازا علم أنه دفعه تبرعا بلا عوض فلا يرجع عليها بشىء . وإذا لم يكن المال منفصلا عن المهر بل زيد فى المهر فى نظير جهاز مخصوص أو رغبة فى كثرة الجهاز فقـد اختلف فقهاء الحنفية فقيل إن لم تقم الزوجة بالجهاز أو بالجهاز المخصوص وجب مهر المثل ولا يزيد عن المسمى لأن الزوج لم يرض بالزيادة فى المهر إلا فى مقابل الجهاز فإذا لم يتحقق الجهاز المطلوب انعـــدم رضاه بالزيادة عن مهر المثل كما إذا سمى الزوج فى العقد أكثر من مهر مثلها نظير أن يوجد فى الزوجة وصف مرغوب فيه كالبكارة فإن تحقق الوصف فيهـا وجب المسمى وإلا كان الواجب مهر المثل . وقيل لا تلزم الزوجـة بالجهاز ويجب المهر المسمى كله بدون تنقيص شىء منه لأن المهر مهما كثر حق خالص

لها وليس فى نظير جهاز قال تعالى : « وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا » .

تجهيز الأب ابنته :

الأب إما أن يجهز بنته من مهرها أو من ماله هو . فإن جهزها بمهرها كله فلا تطالبه بشىء لأنها استوفت حقها بتجهيزها بالمهر كله . وإن جهزها ببعض مهرها فلها أن تطالبه بما بقى لها منه ويجبر على دفعه لها لأن المهر ملكها لاحق لأحد فيه . وإن جهزها من ماله وصرح وقت الشراء أو حين تسليمه إياها أن الجهاز ملكها فهو متبرع بالجهاز والتبرع لا يفيد الملك للمتبرع له إلا بقبض المتبرع به فإن كانت البنت بالغة عاقلة فلا تملك الجهاز إلا بقبضه وإن كانت صغيرة أو فى حكمها ملكته بمجرد شراء الأب الجهاز لها لأن يده قائمة مقامها لكونها مشمولة بولايته على النفس والمال .

ومتى ملكت البنت الجهاز بالقبض أو بشراء الأب لا يجوز للأب ولا لأحد من ورثته بعد موته أن يسترد هذا الجهاز ولا أخذ شىء منه إلا برضاها لأنها ملكته بالقبض أو بالشراء شأن الهبة .

وإذا كان شراء الأب جهاز الصغيرة أو من فى حكمها من ماله تبرعا وكذلك تجهيز الأب الكبيرة البالغة العاقلة وقبضها إياه منه فإنه تبرع . فتطبق عليه أحكام التبرعات فإن كان الأب فى حال صحته وقت ملك البنت الجهاز نفذ تبرعه بالجهاز بدون توقف على أجازة أحد بقطع النظر عن كون الجهاز مساويا لثلث ماله أو أكثر أو أقل شأن كل تبرع فى حال الصحة فلو بقى شىء من ثمن الجهاز على الأب لبائعه كان هذا الباقى دينا فى ذمة الأب يطالب

به فى حياته ويستوفى من تركته بعد وفاته قبل قسمتها بين الورثة كسائر الديون ثم يقسم الباقى من تركته على ورثته .

وإن كان الأب مريضا مرض الموت وقت تمليك الجهاز للبنت توقف نفاذ تبرعه بالجهاز فيما زاد عن ثلث ماله على أجازة باقى الورثة أما بالنسبه للثلث أو الأقل منه فلا يتوقف نفاذه على إذن أحد ، وذلك لأن التبرع فى حال مرض الموت يأخذ حكم الوصية وهى ثلث المال فأقل نافذه بلا توقف على أجازة أحد وفيما زاد عن ذلك يتوقف نفاذها على أجازة الورثة بدون فرق فى ذلك بين كون المتبرع له وارثا للتبرع أو غير وارث طبقا لقانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ .

الاختلاف فى متاع البيت :

متاع البيت هو ما ينتفع به فى بيت الزوجية فيشمل الجهاز وغيره من الأدوات المنزلية . وإذا اختلف الزوجان حال قيام الزوجية أو بعد الفرقة بينهما فى أثاث المنزل الذى يسكنان فيه سواء أكان المنزل ملكا لهما أم لأحدهما أم لغيرهما وسواء أكان الأثاث الذى يتنازعان على ملكيته مما يصلح للرجال والنساء كالأوانى والأسرة والمفروشات أم مما يصلح للرجال فقط كأدوات العيادة والزوج طبيب وآلات الرسم والزوج مهندس أم مما يصلح للنساء فقط كالحلى وأدوات زينة النساء والثياب الخاصة بهن فادعى كل من الزوجين أن الأثاث ملكه اعتبر كل منهما مدعيا فإن أقام أحدهما البنيه على دعواه حكم له بمقتضاها إذ لا معارض لبنيته وإن أقام كل منهما بينة رجحت بينة من يثبت خلاف الظاهر . والظاهر هنا عبارة عن صلاحية المتنازع فيه لإيهما فإن كان يصلح للزوجة فقط رجحت بينة الزوج وحكم له بدعواه ، وإن كان يصلح لهما سقطت البينتان لتعرضهما وعدم وجود مرجح لإحداهما على الأخرى

وحينئذ فالقول قول الزوج بيمينه لأنه صاحب اليد على البيت وما فيه وهذا ظاهر يؤيد ويشهد له والقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه فأن حلف الزوج بأن الشيء المتنازع عليه ملكه وليس ملكا للزوجة حكم له وإن نكل عن اليمين حكم للزوجه لأن المقرر أن النكول عن اليمين إقرار بالحق أو بذل له .

وإذا لم يكن لأحدهما بينة فما يصلح للرجال فقط حكم به للزوجة بيمينه وما يصلح للنساء فقط حكم به للزوجة بيمينها ونكول أيهما عن اليمين إقرار بدعوى الآخر فيحكم له . وإن كان الشيء المتنازع عليه يصلح للرجال والنساء فقد اختلفت فقهاء الحنفية فذهب الإمامان أبو حنيفة ومحمد إلى أن القول فيه للزوج بيمينه لأن المسكن مسكنه وكل ما فيه تحت يده المتصرفة وهذا ظاهر يؤيده ويشهد له فيحكم له . وقد يعترض على هذا بأن مايصلح للزوجة فقط هو أيضا تحت يد الزوج وفى تصرفه فكان مقتضى هذا أن يكون فيه القول له بيمينه لأن الظاهر يشهد له أيضا ويجاب عن هذا بأن الظاهر الذى يشهد للزوج معارض بظاهر آخر أقوى منه وهو صلاحية الشيء المتنازع عليه وهى تدل على أن الزوجه هى التى تستعمله دون الزوج فيكون خاصا بها ولهذا كان القول فيه عند العجز عن إقامة البينة .

وذهب الإمام أبو يوسف إلى أن القول للزوجه فى مقدار ما يجهز به مثلها عادة من الأعيان الصالحة لها عملا بالعرف والعادة إذ العرف الجارى بين الناس أن الزوجة فى الأعم الأغلب لا تنتقل إلى منزل الزوجية بدون جهاز . وأما مازاد عن ذلك فيكون القول فيه للزوج عملا باليد المتصرفه .

وما ذهب إليه الإمام أبو يوسف هو الأعدل الأرجح لأنه الذى يتفق وما يجرى عليه الناس وتعارفوه . وإن كان الاختلاف بين ورثة الزوجين فالحكم هو أيضا ما تقدم فى الاختلاف بين الزوجين أنفسهما فإن ورثة كل

منهما يقومون مقامه فعند أبى حنيفة ومحمد يكون القول فى ذلك لورثة الزوج لما له من قوة اليد على المتاع وملك التصرف . وعند أبى يوسف القول لورثة الزوجة فيما يجهز به أمثالها عادة وإن كان الاختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر فالرأى عند أبى يوسف ومحمد هو رأيه فيما تقدم . أما الإمام أبو حنيفة فقال إن كان الموجود هو الزوج كان القول قوله وهو رأيه الأول وإن كان الموجود هى الزوجة كان القول قولها فى ذلك لأنها فى حال حياة الزوج معها كان لها يد على المتاع غير أنها كانت مغلوبة بيد الزوج فلما مات الزوج أصبحت يدها ظاهرة على المتاع فيكون القول قولها فى ذلك ولا يكون لورثة الزوج فيه شىء .

وإلى هنا ينتهى الكلام فى عقد الزواج حسب المنهج المقرر بالنسبة للمسلمين . ويبقى الكلام بعد ذلك بالنسبة لعقد الزواج عند غيرهم لأنه ضمن المنهج المقرر .

أحكام زواج غير المسلمين

تمهيد :

زواج المسلم بغير المسلمة جائز شرعا متى كانت كتابية كاليهودية والمسيحية سواء أكانت ذمية أم مستأمنة أم حربية وزواجه بها كزواجه بالمسلمة فى جميع الشروط والأحكام إلا فى موضعين .

١ — أنه يصح العقد على الكتابية بشهادة شهود غير مسلمين على ما هو المعتمد سواء أكانوا من أهل دينها أم لا . أما العقد على المسلمة فلا يصح إلا بشهادة المسلمين .

٢ — الميراث فإنه إذا كانت زوجة المسلم كتابية ومات أحدهما فلا يرثه الآخر لاختلاف الدين المانع من الميراث .

ولا يجوز للمسلم أن يتزوج بغير كتابية سواء أكانت مشركة أم ملحدة كما لا يجوز للمسلمة أن تتزوج بغير مسلم .

وزواج غير المسلمين بعضهم ببعض جائز سواء أكان الزوجان من دين واحد أم كانا من دينين مختلفين أم كان كلاهما أو أحدهما من غير أهل الديانات السماوية كالمشركين والملحدين فيجوز للكتابي أن يتزوج بمشركة أو ملحدة كما يجوز الكتابية أن تتزوج بمشرك أو ملحد .

هذا وزواج غير المسلمين بعضهم ببعض له فى بعض المواطن أحكام خاصة هى موضوع الكلام هنا :

(ا) عقود زواج غير المسلمين من حيث الصحة وعدمها وما تصير إليه بالإسلام أو الترافع إلى القضاء .

المبادىء العامة التى بنى عليها الفقهاء أحكامهم على هذه العقود هى :

١ — إن أهل الذمة . وهم الذين رضوا المقام مع المسلمين فى دار الإسلام والخضوع لأحكامه ونظامه ، لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم » .

٢ — إن أهل الذمة ، يتركون وما يدينون ، فلا يتعرض لهم فى عباداتهم وشعائرهم وكل ما يعتقدونه دينا لهم إلا أن يكون شيئا قد استثنى من عهد ذمتهم .

٣ — أن المعول عليه عند العلماء أنهم مكلفون بأحكام الإسلام فى المعاملات وملزمون بمقتضى العهد بمراعاة هذه الأحكام إلا ما استثنى كتبايعهم فى الخمر والخنزير .

٤ — أن عقود الزواج من المعاملات غير أنها ليست معاملات بحتة بل فيها معنى العبادة من حيث أن الزواج من سنن الإسلام التى حث عليها ورغب فيها .

وقد اختلف النظر فى هذه المبادىء أو فى بعضها فقهاء الحنفية يتفقون فى أشياء ويختلفون فى أخرى مما يحكم به على عقود زواج غير المسلمين وما يفصل به بين المتخاصمين منهم فى قضايا الزوجية .

فما اتفقوا عليه هو ما يأتى .

الأول : أنه لا يتعرض لهم فيما يجرونه من عقود الزواج ولو وقعت فاسدة أو باطلة كما لا يتعرض لهم فى عباداتهم لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون فلا يتدخل بينهم ما داموا باقين على ديانتهم ولم يترافعوا إلى القضاء الإسلامى فى خصومات الزوجية ولا ترفع عليهم دعاوى الحسبة للتفريق بين الزوجين فى العقود الفاسدة أو الباطلة كما ترفع على المسلمين إلا أن تكون متضمنة إبطال حق لمسلم أو تكون مخالفة لنظام الشريعة العام الذى كانت عليه الشرائع السماوية السابقة فإذا كانت عقودهم متضمنة لشىء من ذلك فإنه يجب التدخل فيها لدفع هذه المخالفات ولو لم يكن منهم ترافع إلى القضاء وذلك فى مثل ما يأتى :

(ا) أن يتزوج الرجل بكتابية كانت متزوجه بمسلم وفارقها ولا تزال فى العدة منه فلا يمكن من هذه الزوجيه مراعاة لحق المسلم فى وجوب العدة وعدم اختلاط النسب كما لا يمكن غير المسلم من التزوج بمسلمه لا تزال فى عدة الغير .

(ب) أن يطلق الرجل زوجته ثلاثا ثم يعاشرها معاشرة الأزواج من غير عقد أو يعقد عليها قبل أن تتزوج بزوج آخر .

(ج) أن يخالصها ثم يباشرها من جديد .

في هذه الأحوال يجب التدخل للتفريق بين الرجل والمرأة ولا يتوقف ذلك على ترافع منهما أو من أحدهما إلى القضاء لأن هذا العمل مخالف للنظام العام في الإسلام وهو أيضا مخالف لما كانت تقرره الديانات الأولى من أن الطلاق يحرم المرأة على زوجها .

فإذا كانت عقودهم لا تتضمن إبطال حق لمسلم ولا تخالف النظام العام في الإسلام وفيما سبقه من الأديان فلا يجوز التعرض لهم فيها . ولو كان أحد الزوجين محرما للآخر كتزوج المجوسي بأخته أو عمته فأن هذا وإن كان مخالفا للنظام العام في الإسلام فهو غير مخالف لما كانت عليه الديانات السماوية .

الأولى : إذا كان الرجل يتزوج بعمته وخالته وأخته .

الثاني : مما اتفق عليه الفقهاء أنه إذا ترافع غير المسلمين إلى القضاء الإسلامي وطلبوا الفصل في عقود الزواج على حسب ما يقضي به الإسلام فأنه يحكم بفساد الفاسد وبطلان الباطل كما يحكم بذلك بين المسلمين .

الثالث : إذا ترافعوا يطلبون الفصل في شيء من خصومات الزوجية على حسب دياناتهم فلا يجوز للقاضي المسلم أن يحكم بينهم إلا بحكم الإسلام .

الرابع : أن كل عقد يعتبره المسلمون صحيحا فيما بينهم لاستيفائه الشروط اللازمة للصحة فأنه يعتبر صحيحا إذا أجرى بين غيرهم لاستيفائه تلك الشروط فلا يحتاجون إلى تجديد عقودهم إذا أسلموا خلافا لما نقل عن الإمام مالك ابن أنس رحمه الله .

أما إذا كان غير صحيح بالنسبة إلى المسلمين فهل يعتبر كذلك بالنظر إلى غيرهم تطبيقا للمبدأ الأول (لهم مالنا وعليهم ما علينا) أو يعتبر صحيحا لهم

متى كانوا يدينون بصحته نظراً إلى المبدأ الثانى (أمرنا بتركهم وما يدينون) فى ذلك تفصيل كما أن فيه اختلاف العلماء وكذلك التفصيل والخلاف موجود فى المسائل الآتية :

١ — إذا ترافع الزوجان غير المسلمين أو ترافع أحدهما إلى القضاء فى شأن من شئون الزوجيه المترتبة على عقد أجرياه فاسداً أو باطلا فهل للقاضى أن ينظر أولا فى هذا العقد ليحكم فيه بالفساد أو البطلان نظراً إلى المبدأ الأول أو يقتصر على موضوع القضية فلا يتعرض للعقد نظراً إلى المبدأ الثانى .

٢ — إذا أسلم الزوجان أو أحدهما وقد كان عقدهما فاسداً أو باطلا فهل يقران عليه أو يفرق بينهما .

فأما عن المسألة الأولى وهى العقود غير الصحيحه بالنسبه للمسلمين لكن غيرهم يدين بصحتها فهل يحكم عليها بالصحه أو بعدمها قال الإمام زفر إنه يعتبر فيها ما يعتبر فى عقود المسلمين على سواء فكل ما يعتبر فاسداً من عقود المسلمين يعتبر فاسداً إذا أجراه غيرهم كذلك وذلك كالعقد بدون شهود فإنه فاسد عند المسلمين فيكون كذلك عند غيرهم وذلك تطبيقا للمبدأ (لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم) ولأنهم مكلفون بمراعاة أحكام الإسلام فى المعاملات ومنها عقود الزواج غير أنه لا يتعرض لهم فيما يدينون به من ذلك لأنا أمرنا بتركهم وما يدينون .

وذهب الإمامان أبو يوسف ومحمد إلى أنه إذا كان عقدهم يعتبر باطلا إذا عقده المسلمون فهو باطل أيضا بالنظر إليهم وكذلك إذا كان فاسدا فسادا متفقا عليه بين الفقهاء فهو فاسد بالنظر إليهم وذلك كتزوج أحدهم بامرأة قبل انقضاء عدتها من فراق زوج غير مسلم لكنه لا يتعرض لهم ما داموا يدينون بذلك إلا فى الأحوال التى تقدم ذكرها .

أما إذا كان فساد العقد غير متفق عليه فلا يعتبر فاسدا بالنظر إليهم وذلك كالزواج بغير شهود فإن من فقهاء الإسلام من يقول بصحته وما دامت عقودهم قد صادفت قولا بالصحة ولو كان ضعيفا فإنها تعتبر صحيحة .

أما الإمام أبو حنيفة فمذهبه أوسع المذاهب إذ هو يقول إن زواجهم بغير شهود يعطى حكم الصحة وذلك لما يقوله صاحباه ، أن الشهادة ليست من الشروط المتفق عليها بين الفقهاء ولأنه شرط لا يراعى إلا فى حالة ابتداء الزواج ولا ينافى انعدامه حالة البقاء ومتى كان انعدام الشهادة لا يتنافى مع الزوجية من بعض الوجوه فلا يلزم اعتباره شرطا فى زواج غير المسلمين وكذلك يعطى حكم الصحة عند أبى حنيفة تزوج الرجل بامرأة قبل انقضاء عدتها من فرقة زوج غير مسلم لأن تخلف شرط انقضاء العدة لا يترتب عليه إبطال حق للغير مادام الزوج الأول لا يدين هو وأهل ملته بهذا الشرط كما هو موضوع الكلام ولأن تخلفه لا ينافى الزوجية فى حالة البقاء والاستمرار فإن المرأة قد تجب عليها العدة وهى زوجة بعقد صحيح ويجب على زوجها أن يتجنب مخالطتها ما دامت هذه العدة قائمة وذلك إذا خالطها غير الزوج بشبهه ومتى كانت العدة لا تنافى الزوجية ولو من بعض الوجوه فلا يكون عدمها شرطا لازما فى صحة زواج غير المسلمين . ويعطى حكم الصحة عنده أيضا تزوج الرجل بمحرمه وتزوجه خمس نسوة فى عقد واحد وجمعه بين أختين كذلك . وهناك نقل عن أبى حنيفة بالقول بعدم الصحة فى ذلك لمخالفته للنظام العام . أما غير ذلك مما فيه إبطال لحق مسلم أو مخالفة لنظام الإسلام العام عما كانت عليه الديانات الأولى فإن الإمام أبا حنيفة يقول فيه بعدم الصحة ووجوب التفريق بين الزوجين وإن لم يترافعا إلى القضاء .

المسألة الثانية :

إن حكم أئمة الحنفية على مصير تلك العقود يتناسب فى أغلب الأحوال مع ما اعتبروه لها من الصحه والفساد أو البطلان .

فالإمام زفر يقول : إذا ترافع الزوجان أو أحدهما إلى القضاء فى أى شأن من الشئون الزوجيه فإنه يجب النظر فى العقد ليحكم فيه بالصحه أو الفساد أو البطلان على حسب حكم الإسلام فيفرق بين الزوجين إذا ثبت أن الزواج كان بغير شهود أو فى العدة من زوج آخر مسلم أو غير مسلم أو تبين أن الزوجه محرم للزوج وهذا فى كل حال سواء أكان موضوع القضيه هو العقد نفسه أم كان شيئا آخر من أحكام الزوجيه كالطاعة والنفقه وما إلى ذلك . وكذلك إذا أسلم الزوجان أو أسلم الزوج وحده فإنهما لا يقران على البقاء فى زواج كان قد عقد عقدا فاسدا أو باطلا .

ومذهب الصاحبين أنه إذا ترافع الزوجان كلاهما أو أحدهما فى أى شأن من شئون الزوجية أو أسلم كلاهما أو أسلم الزوج وحده فإنه يفرق بينهما متى كان العقد باطلا أو فاسدا فسادا متفقا عليه بين العلماء وذلك كزواج المحارم والجمع بين الأختين والتزوج بالمرأة قبل انقضاء عدتها من فرقة زوج آخر إذا كان الترافع أو الإسلام قبل انقضاء العدة فإذا كان ذلك بعد انقضائها فلا يفرق بينهما . أما إذا كان فساد العقد غير متفق عليه كالزوج بغير شهود فإنهم يقرون عليه ولا يفرق بين الزوجين من أجله لأنه وقع صحيحا فى بعض الأحوال وإن كان مرجوحا وهذا يتفق وما قرره زفر والصاحبان فى العقد أى أن كلا حكم بمبدئه ومذهب الإمام أبى حنيفة أنه إذا ترافع الزوجان جميعا أو أسلم كلاهما أو أحدهما فلا يفرق بينهما متى كان فساد العقد لتخلف شرط

غير متفق عليه أو غير معتبر فى حالة البقاء اعتباره فى حالة الابتداء وذلك كالزوج بدون شهود أو قبل انقضاء العدة من زوج غير مسلم ولو كان الترافع أو الإسلام فى حالة قيام العدة لأن العقد فى هاتين الحالتين له حكم الصحة عنده .

إسلام الزوجين أو أحدهما بعد العقد الصحيح :

إذا أسلم الزوجان وقد كان كلاهما أو أحدهما كتابيا او من غير أهل الديانات السماوية فإنهما يقران على زواجهما سواء أسلما معا أم على التعاقب فإن أسلم أحدهما وحده وكان هو الزوج فإنهما يقران أيضا على زواجهما متى كانت الزوجة كتابية لأنه يصح عقد المسلم عليها ابتداء فتبقى زوجة فى حالة عروض الإسلام . أما إذا كانت الزوجية غير كتابية أو كانت هى التى أسلمت دون زوجها ـ كتابيا كان أو غير كتابى ـ فإنهما لا يقران على الزواج لكنه لا يفسخ الزواج بينهما فورا بل يعرض الإسلام على من لم يسلم منهما فإن أسلم بقى الزواج بينهما على حاله وأن أبى الإسلام وجب التفريق وكذلك إذا سكت بعد ما عرض عليه الإسلام لأن السكوت هنا فى حكم الإباء غير أنه يستحسن أن يعرض عليه مرتين أخريين للاحتياط والإعذار .

وتفريق القاضى فى حالة إباء الزوج يكون طلاقا بائنا سواء أكان بعد الدخول أم قبله فلا يملك مراجعتها من غير عقد جديد وينقص بهذا الطلاق عدد الطلقات التى يملكها على زوجته فلو أسلم بعد ذلك وتزوجها قبل غيره لا يكون له عليها سوى طلقتين إذا كانت طلقة التفريق غير مسبوقة بطلاق آخر . ويجب على الرجل نفقة العده لهذه المرأة إذا كان هناك دخول وكانت هى التى أسلمت لأن المانع من استمرار الزواج قد جاء من جهته بسبب إبائه عن الإسلام وكذلك يقع طلاقه عليها إذا طلقها مرة أخرى وهى فى العدة

أما إذا كان التفريق بسبب إباء الزوجه عن الإسلام فإنه يعتبر فسخا فلا تستحق المدخول بها فيه نفقه ولا يكون لها شيء من المهر إن كان هذا التفريق قبل الدخول لأن المانع من استمرار الزواج قد جاء من جهتها .

هذا والفرقة بسبب إباء أحد الزوجين عن الإسلام لا تكون بمجرد الإباء بل هي متوقعه على قضاء القاضي فما دام لم يحكم بالفرقه بينهما فإن حكم الزوجية يكون باقيا فلو مات أحد الزوجين قبل الحكم فإنه يتقرر بذلك جميع المهر للزوجة أو لورثتها سواء أكان هناك دخول أم لا ولكن لا يرث أحدهما الآخر لاختلاف الدين إذ هو مانع من الميراث وهذا الاختلاف ثابت بمجرد الإباء لا يتوقف على القضاء .

وهكذا الحكم إذا كان من لم يسلم من الزوجين مكلفا بأن كان بالغاً عاقلا فأما إذا كان صغيراً فإن كان ذا عقل يميز به الأديان فإنه يعرض عليه الإسلام فإن أجاب صح إسلامه وبقي الزواج على حاله وإن أبى اعتبر إباؤه ووجب التفريق وكان ذلك طلاقا بائنا كما في حالة إباء الكبير . وإن كان الصغير مميزا فإنه ينتظر به حتى يعقل ويميز الأديان فيعرض عليه الإسلام فإن كان من أبى الإسلام مجنونا فلا تنتظر إفاقته ليعرض عليه الإسلام لأن ذلك أمر مجهول لا يدرى متى يكون بخلاف الصبي غير المميز الذى ينتظر وقت تمييزه لأن حاله عدم التمييز لها نهاية معهودة وينذب في هذه الحالة عرض الإسلام على أبويه إن كانا موجودين وعلى أحدهما إن كان موجوداً وحده فإن أسلما أو أحدهما يعتبر الولد المجنون مسلما تبعا لمن أسلم من أبويه سواء أكان هو الأب أم الأم فإن لم يكن أحد من أبويه موجوداً أو كانا موجودين وأبيا الإسلام فحينئذ يقيم القاضي وصيا على المجنون ثم يحكم بالفرقة ويكون طلاقا بائنا وهـــذا هو الحكم في الزوج الصغير والزوجة الصغيرة والزوج المجنون والزوجة المجنونة

هذا والولد الناشيء من أبوين مختلفين فى الدين يتبع أحسن الأبوين دينا حتى يصير مكلفا بالعقل والبلوغ فتنقطع تبعيته وإذا كان دون البلوغ ولكنه عيز يعقل الأديان فاختار الإسلام كان مسلما وإن كان أبواه غير مسلمين وإذا بلغ الولد مجنونا فلا تنقطع تبعيته الدينية حتى يزول عنه الجنون وبناء على هذا إذا كان الأب مسلما كان الولد تابعا له ولو كانت أمه كتابية وإذا كانت الأم مسلمة والأب غير مسلم كان تابعاً لها وذلك إذا كان الزوجان على غير الإسلام ثم أسلمت الزوجة فكل ولد صغير كان لها منه يكون تبعا لها فى الإسلام وإذا ولدت بعد إسلامها وقبل عرض الإسلام على الزوج كان ولدها تبعا لها وهو ولد زوجة مسلمة من زوج غير مسلم لأن حكم الزوجيه باق حتى يحكم القاضى بالتفريق .

وإذا أتت بعد التفريق بولد ثابت النسب من ذلك الرجل كان تبعا لأمه المسلمه لا لأبيه غير المسلم غير أن الزوجية فى حالة التبعيه هذه غير قائمة .

وإذا كان أحد الزوجين كتابياً والآخر غير كتابى كان الولد تبعا للكتابى سواء أكان هو الزوج أم الزوجة فإن من يكون أهل ملة لها كتاب سماوى ودين أحسن حالا من المشترك أو جاحد الأديان .

وإذا كان أحد الزوجين من قوم لهم دين سماوى وكتاب وهو يعتقد وحدة الإله ولا يدين بخنق الحيوان وأكل الميته فهو أحسن حالا من الذى يدين بذلك ولا يعتقد وحدانية الإله فالولد يتبع من هو أحسن حالا من الآخر .

النفقة

الحق الثانى من الحقوق المالية التى تجب للزوجة على زوجها النفقة .

تعريفها : من معانى النفقه فى اللغـه الصرف . يقال أنفق ماله صرفه . وما ينفقه الإنسان على غيره من نقود ونحوها . وفى الاصطلاح الشرعى تطلق على الطعام والكسوة والسكنى وقد يطلقها بعض الفقهاء على ما يشمل الأنواع الثلاثة المذكورة لكنها فى العرف الغالب بين الفقهاء اسم للطعام وحده فهم يقولون مثلا تجب للزوجة على زوجها النفقة والكسوة والسكنى فيجعلونها شيئا آخر غير الكسوة والسكنى .

أسباب النفقة : نص الفقهاء على أن الأسباب التى توجب النفقة على الإنسان لغيره ثلاثة .

(١) الزوجيه . (٢) القرابة . (٣) الملك .

فالزوجيه سبب فى وجوب نفقه الزوجه على زوجها والقرابة سبب فى وجوب النفقه على الشخص لأولاده وأقاربه والملك سبب فى وجوب النفقه على المالك لمملوكه : والكلام هنا هو فى نفقه الزوجه على زوجها .

حكمها الشرعى ودليله : حكم النفقه أنها واجبه للزوجه على زوجها جزاء احتباسها وقصرها نفسها عليه بحكم العقد الصحيح .

وقد دل على وجوبها الكتاب والسنه والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » وهذه الآية وإن كانت واردة فى المطلقات إلا أنها تدل بطريق الأولى على وجوب النفقه للزوجات

وأما السنه فكثير من الأحاديث الصحيحه منها ما رواه أبو داود من قول الرسول عليه الصلاة والسلام فى الزوجات « اطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسون ولا تضربوهن ولا تقبحوهن » وقد انعقد اجماع

الأمه الإسلاميه على وجوب نفقه الزوجه على زوجها لا ينكر هذا ولا يشك فيه أحـــد .

ومن المعقول أن الزوجة ما دامت بحكم العقد قد قصرت نفسها على زوجها و تفرغت لمواجب حياة الزوجية فإنه يكون واجبا عليه أن يقوم بنفقتها فإن كل من خصص نفسه لنفقة غيره كانت نفقته واجبة عليه كالقاضى والمفتى وكل عامل من عمال الدولة فإن نفقتهم واجبة فى بيت المال وكالوصى الذى تجب نفقته من المال الذى يعمل بالوصاية فيه والمضارب الذى يسافر للتجارة والعمل فى مال غيره فإن نفقته تكون فى هذا المال تطبيقا للأصل العام (كل من احتبس لحق غيره ومنفعته على من احتبس لأجله) فهى واجبة على الزوج فى مقابل ماله من الحق ولهذا تستحق النفقة الزوجيه المسلمه والكتابيه والغنية والفقيرة لأن سبب الاستحقاق وهو الاحتباس متحقق فيهن جميعا . وليس السبب فى استحقاق نفقه الزوجه هو للصلة أوسد الحاجه لأنه لو كان سببها الصلة لما استحقتها الزوجه المخالفه فى الدين ولو كان سببها سد الحاجه لما استحقتها الزوجه الغنيه .

وتجب النفقه على الزوج الغنى والفقير لأنه بالعقد يثبت له الحق عليها وتستحق من حين تمام العقد لأنه من حين تمامه تثبت له الحقوق عليها فيجب لها عليه واجبها مادام لم يفت عليه حقه .

شروط وجوب النفقة :

يشترط لوجوب نفقة الزوجة على زوجها ثلاثة شروط :

الأول : أن يكون عقد الزواج صحيحا فليس على المسلم نفقة فى زواج فاسد أو باطل .

الثـانى : أن تـكون الزوجة صالحـة لاستمتاع الزوج بها ولتحقيق أغراض الزوجية .

الثالث : ألا يفوت حق الزوج فى احتباس الزوجه بغير مبرر شرعى وبسبب ليس من جهته .

فإذا تحققت هـذه الشروط استحقت الزوجة النفقة على زوجها لتحقق سبب وجوبها وهو احتباسها المؤدى إلى المقصود وإذا فقد شرط من هـذه الشروط فـلا تستحق النفقه على زوجها لفوات الاحتباس الموجب للنفقة الزوجية وعلى ذلك فأن الزوجات اللاتى تجب لهن النفقه هن :

١ الزوجة البالغة غير المريضه إذ انتقلت إلى بيت الزوجيه أو كانت مستعدة للانتقال لـكن الزوج لم يطلب منها ذلك فإنها تستحق النفقة

٢ — الزوجة الصغـيرة غير البالغة لكنها تصلح لمـا يصلح له النساء فهى فى حـكم الـكبيرة تستحق النفقه بعد انتقالها إلى بيت الزوج وقبله متى كانت مستعدة لذلك لـكن الزوج لم يطلب منها فأنها محتبسة عليه وقد وجد منها التسليم حقيقة أو حكما . وإن كانت لا تصلح لخدمة البيت والاستئناس فلها النفقه بعد انتقالها إلى بيت الزوج وقرارها فيه برضاه وليس لها نفقـة قبل ذلك وهذا على رأى الإمام أبى يوسف وقال الإمامان أبو حنيفه ومحمد ليس لها نفقه إلا إذا كانت تصلح لمـا تصلح له المرأة الـكبيرة .

٣ — إذا مرضت الزوجة بعد انتقالها إلى بيت الزوج أو كانت مريضه حـين انتقالها إليه فلا تسقط نفقتها بذلك ولو كان مرضها شـديداً يفوت الانتفاع بأغلب ثمرات الزوجية لأنه تحقق بانتقالها شرط وجـوب النفقه وهو التسليم ووجودها فى بيته فيه نفع له على كل حال . وإذا انتقلت

إلى بيت أبيها مريضة أو كانت ذهبت إليه لبعض الشئون فرضت هناك فلا تسقط نفقتها إلا إذا دعاها الزوج إلى العودة إلى بيت الزوجية فامتنعت إذا كانت تستطيع العودة أما إذا كانت لا تستطيع العودة ولو محمولة فلا تسقط نفقتها بالامتناع ولا تعد ناشزة بذلك . وعلى الجملة فأن الزوجه المريضة كالصحيحه فى استحقاق النفقه إلا إذا كانت مريضه مرضاً شديداً قبل الزفاف لا يمكنها معه الانتقال إلى بيت الزوجيه لأنه يفوت التسليم حقيقة وحكما .

٤ — وتستحق الزوجه النفقة إذا امتنعت من الانتقال إلى بيت الزوج بحق شرعى كما إذا لم يوفها معجل صداقها أو كان يريد نقلها إلى بيت غير صالح للسكنى أو غير مشتمل على المرافق والأدوات الضرورية لبيت الزوجيه أو كان مشغولا بضرتها أو بمن لا تحب مساكنتهم من أهله وكذلك إذا امتنعت من السفر معه وكان يريدها لسفر بعيد وهو غير مأمون عليها فأنها تستحق النفقه فى كل هذه الأحوال لأن فوات الاحتباس إنما هو بسبب من جهته هو فلا تعد الزوجه ناشزه .

أما إذا كان فوات الاحتباس بسبب من جهتها أو من أجنبى فلا تستحق فيه النفقه وذلك فيما يأتى :

١ — أن تسافر وحدها أو مع غير محرم لها فتسقط نفقتها لفوات الاحتباس بسبب من جهتها ولأنها عاصية بهذا السفر الذى لا يصاحبها فيه زوج ولا محرم . وإن كان سفرها للحج وكان ذلك قبل انتقالها لبيت الزوج ولم يخرج الزوج معها فى هذا السفر فلا نفقة لها باتفاق أئمة المذهب لفوات الاحتباس بسبب من جهتها وانعدام التسليم حقيقة وحكما . ويستوى فى ذلك أن يكون سفرها للحج الفرض وللنفل وأن يكون سفرها لذلك وحدها

أو مع أجنبي أو مع محرم وكذلك الحكم إذا كان سفرها للحج بعد انتقالها إلى منزل الزوجية ولم يخرج الزوج معها لفوات الاحتباس . وقال الإمام أبو يوسف إذا خرجت مع محرم لأداء الحج الفرض كانت لها النفقه التى تستحقها حال الإقامه لأن السفر لأداء الفريضه ضرورة دينيه يحتمل معها فوات التسليم أما إذا كان الحج نفلا فلا تستحق النفقه أما إذا خرج الزوج معها فإن لها النفقه بالاتفاق سواء أكان الحج فرضا أم نفلا والنفقه الواجبه هى نفقه الإقامة لاغير وما زاد عن ذلك فعليها وحدها . وهذا إذا كان سفر الزوج معها من أجلها أو كان كلاهما يريد السفر لأداء الحج . أما إذا كان الزوج هو مريد السفر ودعا زوجته أن تكون معه فإنه يجب عليه نفقتها فى حال السفر ولا يجب عليها شيء من النفقه أصلا .

٢ — الزوجة المحترفة : إذا كانت الزوجة ذات حرفة كالتدريس والتمريض ونحو ذلك وكان عملها يشغلها النهار أو بعضه أو يشغلها الليل أو بعضه ثم تقضى فى بيت الزوجية بقية الوقت فلا نفقه لها على زوجها إذا لم يرض باحترافها ونهاها عن الاشتغال بحرفتها فلم تمتثل وكذلك لو رضى الزوج بذلك أول الأمر ثم طلب منها الامتناع عن العمل ولم تمتنع لفوات الاحتباس الكامل الذى هو شرط وجوب النفقه ولأن عدم امتناعها عن العمل بعد طلب ذلك من الزوج يكون نشوزا منها والناشزة لا تستحق النفقه أما إذا رضى الزوج بالاحتراف ولم يمنعها من العمل واستمر على ذلك فلها النفقه لرضاه بالاحتباس الناقص .

هذا هو الحكم الفقهى فى احتراف الزوجه لكن العمل الآن فى القضاء مختلف فبعض الأحكام جرت على أن الزوجه المحترفه بغير رضا الزوج لا تستحق نفقه وبعضها جرى على استحقاق المحترفه النفقه مطلقا سواء رضى

الزوج أو أبى وبعضها جرى على أنه إذا تزوج الرجل محترفه ولم يشرط عليها فى عقد الزواج الامتناع عن عملها فإنها تستحق عليه النفقه لأن عدم اشتراطه امتناعها عن العمل رضا منه باستمرارها فيه أما إذا شرط عليها فى العقد الامتناع ولم تمتنع فلا نفقه لها لفوات الاحتباس بغير رضا منه .

والرأى الذى ينبغى العمل به الآن وقد أصبح اشتغال المرأة أمرا واقعا وضروريا أنه لا يكفى أن يكون مجرد الاحتراف سببا فى عدم استحقاق النفقة بل إذا ترتب على الاحتراف فوات المقصود من الزواج للرجل أو أكثره فإن احتراف الزوجة حينئذ يكون مسقطا لنفقتها إذا طلب إليها الزواج ترك العمل ولم تتركه .

أما إذا كان احتراف الزوجة لا يفوت على الرجل شيئا من مقاصد الزوجية أو فوت عليه شيئا يسيرا فإن ذلك لا يقتضى سقوط نفقتها حتى ولو نهاها الزوج عن الاحتراف فلم تنته لأنه ما دام المقصود من الزواج قد تحقق فليس هناك ما يستدعى سقوط النفقة لأن الفقهاء قد جعلوا النفقة جزاء الاحتباس . والاحتباس ليس مقصودا لذاته بل هو مقصود لتحقيق الغرض من الزواج فإذا أمكن استيفاء الغرض فقد تحقق الاحتباس - أما القول بأن الزوجة المحترفة تستحق النفقه مطلقا سواء أرضى الزوج باحترافها أم لم يرض فإن فى ذلك ظلما للزوج وتعديا على حقوقه حيث أوجبنا عليه النفقه فى غير مقابل أو فى مقابل يسير - ثم كيف نبيح للزوجه أن تعمل وتكتسب وتدخر كسبها لنفسها ومع ذلك تفرض لها على زوجها نفقة وهى غير محبوسة له الحبس الذى كان الزواج من أجله إنه لا شرع يسوغ ذلك ولا عقل ولا منطقا سليما فإذا اتفق الزوج وزوجته المحترفة فيما يتعلق بالاحتراف كان بها . وإن اختلفا ورفعا أو أحدهما الأمر إلى القضاء كان

طلبها الزوج للطاعة وطلبت هى النفقه فإن القاضى يفرض لها النفقه إذا لم يكن فى احترافها تفويت لمقاصد الزوجيه فإن كان فى الاحتراف تفويت لم يفرض لها نفقه .

٣ — الزوجة المغصوبة : إذا سطا على الزوجة شخص وأخذها كرها وغيبها مدة فلا نفقة لها على الزوج فى مدة الغصب لفوات الاحتباس بسبب ليس من جهة الزوج وإن لم يكن للزوجه اختيار فيه وهذا هو ظاهر الرواية وقال أبو يوسف إن المانع فى هذه الحالة من الاحتباس ليس من جهتها وهى مضطرة فيه فتكون لها النفقة . وهذا بالضرورة إذا لم يتبين أن الإكراه كان ظاهريا وأن المرأة كانت راضية باطنا أن تذهب مع من تظاهرت معه بحركة الغصب فأما إذا تبين دلك فلا نفقة لها .

٤ — الزوجة المحبوسة : إذا حكم على الزوج بالحبس فى حق لغير الزوج فلا نفقة لها لفوات الاحتباس بسبب لا دخل للزوج فيه سواء أكان قبل الزفاف أم بعده وسواء أكان الحق دينا أم غيره وسواء أكانت مماطلة فى أداء ما عليها من الحق أم كانت عاجزة عن الأداء حتى لو حبست بمحض الظلم فلا نفقة لها على الزوج على ما هو المختار للفتوى أما إذا حبست فى حق عليها للزوج فلا تسقط نفقتها فى القول الصحيح لأن فوات الاحتباس جاء من جهته . وكذلك لاتسقط نفقتها إذا كان الزوج هو المحبوس سواء أكان حبسه فى حق لأجنبى أم الزوجه نفسها أم كان حبسه ظلما ولا دخل للزوجه فيه .

٥ — الزوجة الناشزة : وهى التى تركت بيت زوجها بغير حق أو أبت الانتقال إليه كذلك ويلحق بهما منعها الزوج الذى يسكن معها فى بيتها من الدخول فيه من غير أن يسبق منها طلب تحويله إلى بيت له .

والنشوز أمر يفوت الاحتباس من جهتها ،لا تجب فيه نفقة لها حتى تعود إلى بيت الزوجيه أو تمكن الزوج من الدخول فى بيتها فى الحالة الأخيرة .

والحكم فى مذهب الحنفية أن النشوز كما يسقط النفقة فى مدته يسقط النفقة المتجمدة السابقة عليه فلا حق لها فى المطالبة بها سواء أكانت مفروضة بحكم القاضى أم كان الزوج هو الذى فرضها على نفسه وسواء أكانت تنفق فى تلك المدة السابقة من مالها على نفسها أم كانت قد استدانت ذلك من غيرها فلا نفقه لها فى جمع هذه الأحوال . أما إذا كانت استدانتها بإذن الزوج أو بأمر القاضى فأن ما استدانته لا يسقط بالنشوز .

هـذا هو حكم فقه الحنفية وهو ما كان يجرى عليه العمل فى المحاكم قبل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ لكنه من وقت العمل بهذا القانون جرت المحاكم على أن النشوز لا يسقط النفقه إلا فى مدته ذلك لأن المـادة (١)من القانون من القانون المذكور قد نصت على أنه (تعتبر نفقة الزوجه التى سلمت نفسها لزوجها ولو حكما دينا فى ذمته من وقت أمتناع الزوج عن الانفاق مع وجوبه بلا توقف على قضاء أو تراض منهما ولا يسقط دينها إلا بالأداء أو بالأبراء فقد قررت المـادة أن النفقـة التى وجبت للزوجة فى ذمة زوجها لا تسقط إلا إذا أداها إليها أو أبرأته منها ومن مقتضى ذلك ألا تسقط بالنشوز .

هذا وإذا كانت النفقة مفروضـة لها من قبل ثم طرأ النشوز ثم عادت إلى بيت الزوجية فأنه يعود إليها منذ عودتها حقها فى النفقه على حسب ما كان مفروضا لها من قبل من غير حاجة إلى فرض جديد لأن النشـوز لا يسقط الفرض والحكم . وإنما يسقط ما تقرر بذلك الحكم .

تقـدير النفقة الزوجية : الأصـل فى الاتفاق على الزوجة أن الزوج هو

الذى يتـولى بنفسه الانفاق على زوجته فيحضر لهـا ما تحتاج إليه من طعام وكسوة ويقدم لهـا ما فيه كفايتها من الأشياء اللازمة للمعيشة وأن يعـد لهـا مسكنا شرعيا . وقـد جرت العادة بين الناس قديما وحديثا بأن تقيم الزوجة مع زوجها فى مسكن واحـد كما جرت عادتهم المستمرة بأن يشترك الزوجان وأولادهما فى تناول الطعام بمـا يوجد فى بيت الزوج من غير فرض نفقة للزوجة على زوجها لا بطريق التراضى ولا بطريق التقاضى . فإذا طلبت من القاضى فرض نفقة لها على زوجها فى هذه الحالة فلا تجاب إلى طلبها متى ثبت بإقرارها أو بالبينة قيام الزوج بالإنفاق عليها وتسمى هذه الطريقه فى الإنفاق على الز. جه طـريقه التمكين . وهناك طريقه أخـرى تسمى طر بقه ا تمليك أى تمليك الزوجه النفقه لتنفق على نفسها وهى تكون بالتراضى بين الزوجين على تقـدير نفقه للروجه أو بقضاء القاضى إذا رفعت الزوجه أمرها إليـه وادعت أن زوجها تاركها بلا نفقه بدون حق شرعى وطلبت فرض نفقه لها عليه لتتولى هى الإنفاق على نفسها فإذا ثبتت دعواها بمصادقه الزوج أو بالبينه الشرعيه فرض لهـا القاضى النفقه بجميع أنواعها من طعـام وكسوة ومسكن وخادم ، فرش وغطاء .

ويراعى فى تقدير النفقه بأنواعها أمران :

الأول : حال الزوج المـاليه حين فرضها فإن كان موسرا فرضت لهـا نفقه اليسار ولو كانت هى معدمه . وإن كان معسرا فرضت لها نفقه الأعسار ولو كانت هى موسرة . وإن كان متوسط الحال فنفقه الوسط . وهـذا هو الجارى العمل عليـه الآن فى المحاكم تطبيقا للمادة ١٦ من القـانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ ونصها (تقـدر نفقه الزوجه على زوجهـا بحسب حال الزوج يسرا وعسرا مهما كانت حالة الزوجه) وهو مـذهب الشافعى وقول صحيح

فى مـذهب الحنفيه . وأما القول الآخر فى مـذهب الحنفيه وهو الذى كان عليه العمل قبل سنه ١٩٢٩ فهو أن النفقه تقدر بحسب حال الزوجين معا فإن كانا موسرين فنفقه اليسار وإن كانا معسرين فنفقه الأعسار وإن كانا مختلفين فنفقه الوسط ويؤمر الزوج المعسر بأداء ما فى وسعه والزائد عليـه دين إلى اليسرة .

والذى عليه العمل الآن هو الموافق لصريح قوله تعالى فى سورة الطلاق « لينفق ذو وسعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاه سيجعل الله بعـد عسر يسرا » وقوله تعالى « أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم » .

الثانى : غـلاء الأسعار ورخصها حين الفرض لأن المفروض إنمـا هو لشراء حاجيات والأسعار تختلف فإذا زادت أسعار الحاجيـات عن وقت الفرض أو تحسنت حال الزوج المـالية عن وقت الفرض كان للزوجـة أن تطلب زيادة نفقتها .

وإذا نقصت الأسعار عن وقت الفرض أو تغيرت حال الزوج المالية إلى أسوأ مما كانت عليه وقت الفرض كان للزوج أن يطلب تخفيض النفقة .

ولا يلزم أن تفـرض النفقة شهرية بل يصح أن تفرض يوميه إذا كان الزوج من العمال الذين يقتضون أجرتهم يوما فيوما وطلب ذلك وأن تفرض أسبوعيه أو سنوية على حسب ما هـو ميسر للزوج وتعطى نفقة أى مـدة مقدما حتى تستطيع الزوجه قضاء حاجاتها منها .

والجارى عليـه العمل الآن فى المحاكم فرض بدل طعامها كل شهر وبدل كسوتها كل سنه شهور على اعتبار أنها تحتاج فى السنه إلى كسوتين إحـداهما

للصيف والأخرى للشتاء. وبعض القضاة يفرض مبلغا شهريا لطعامها وكسوتها ومسكنها بدون تفصيل مراعيا أن ما يفرضه فيه كفايتها فى الأنواع الثلاثة حسب حال زوجها .

وإذا تبين بعد فرض النفقة أن التقدير كان خطأ لا يكفى الزوجة حسب حال زوجها عدل القاضى المفروض لطعامها وكسوتها تعديلا يتفق وكفايتها مع رعاية حال الزوج .

والمسكن الذى يهيئه الزوج لزوجته ويجب عليها أن تطيعه فيه بحيث إذا امتنعت من الطاعة فيه تعتبر ناشزة .

هو المسكن اللائق لحالة الزوج المالية سواء أكان منزلا مستقلا أم شقة فى منزل أم حجرة من شقة حسب حال الزوج بشرط أن يكون خاليا من أهله وأهلها وفيه المرافق الشرعية وبين جيران صالحين تأمن فيه على نفسها ومالها . فإذا أعد لها مسكنا مستكملا هذه الشروط فقد قام بما يجب لها عليه .

وليس له أن يجبرها على إسكان أحد معها فى مسكنها من أهله وأولاده من غيرها سوى ولده الصغير غير المميز كما أنها ليس لها أن تسكن معها أحدا من أهلها وأولادها من غيره ولا ولدها الصغير غير المميز . والمقصود من هذا منع إقرار أحدهما بالآخر وتوفير أسباب الراحة لهما .

وإذا كان فى منزل شقق متعددة أو فى دار بيوت متعددة والزوجة تسكن فى أحداها وللزوج قريبات كأمه وأخته وبنته تسكن فى الأخرى فليس لها أن تطلب النقلة إلى مسكن آخر إلا إذا آذينها بقول أو فعل . وأما إذا كان فى الشقة الأخرى من المنزل أو فى البيت الآخر من الدار ضرتها

فلها أن تطلب النقلة إلى مسكن آخر بعيد عنها مطلقا لأن مجرد وجود الضرة إيذاء لها .

هذا وإذا كان السكن فى ذاته شرعيا بأن كان خاصا مستوفيا جميع المرافق ولكنه كان مخيفا منقطعا عن الجيران تستوحش فيه الزوجة من سكناها وحدها فإنه يجب على الزوج أن يحضر لها خادما كبيرة أو امرأة أخرى تؤنسها أو ينقلها إلى سكن تطمئن فيه على نفسها ومالها .

وإذا لم يهيء الزوج المسكن الشرعى فرض القاضى عليه بدل سكناها مراعيا حاله وأجور المساكن وأمره بأدائه إليها .

وإذا كان الزوج معسرا فلا تجب عليه نفقة خادم لأن الواجب على المعسر نفقة الكفاية وهى تكتفى بخدمة نفسها . وإذا كان موسرا وجبت عليه نفقة ما تحتاج إليه من خادم أو أكثر حسب يساره وحاجتها متى كان هذا الخادم مملوكا لها ومتفرغا لخدمتها . فلو لم يكن لها خادم مملوك لا يلزمه إحضار خادم يخدمها بل يلزمه أن يحضر لها ما تحتاجه .

نفقة زوجة الغائب : تجب نفقة الزوجة على زوجها متى تحققت شروط استحقاقها بدون حاجة إلى القضاء أو التراضى بين الطرفين ولذا جاز شرعا للزوجة أن تأخذ من مال زوجها بدون علمه وبغير إذنه ما يكفيها لنفقتها متى ظفرت بماله الذى من جنس ما تقدر به النفقة عادة كالنقود والغلال لحديث هند امرأة أبى سفيان التى جاءت إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام وقالت : يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطينى من النفقة ما يكفينى ويكفى ولدى إلا ما آخذ من ماله بغير علمه فقال لها صلى الله عليه وسلم (خذى من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفى ولدك) وقد نص علماء الحنفية

على أن حكم القاضى على الغائب بنفقة زوجته من باب إعانة صاحب الحق على الوصول إلى حقه لا من باب القضاء ولذا أجازوا للقاضى أن يحكم عليه بنفقة زوجته بناء على علمه فيجوز له أن يفرض للزوجة النفقة على زوجها الغائب إن علم بالزوجية بينهما مع أن القاعدة العامة المقررة فقها أن القاضى لا يقضى بعلمه وإنما يقضى بما ثبت لديه من الأدلة .

والمراد بالغائب من لا يمكن إحضاره إلى مجلس القضاء لمقاضاته وسؤاله عن الدعوى سواء أكان غائبا عن البلد الذى توجد فيه زوجته أم متواريا فيه وسواء أكانت غيبته قريبة أم بعيدة (ويعتبر الزوج غائبا غيبة قريبه إذا كان فى مكان يسهل وصول قرار المحكمة إليه فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام ومن ليس كذلك يعتبر غائبا غيبه بعيدة .

وإذا كان لهذا الغائب مال من جنس النفقة كالغلال والنقود وكان هذا المال فى يد الزوجة وطلبت فرض نفقه لها فى المال من القاضى ، فرض القاضى لها النفقة وأمرها بأخذ المفروض لها مما فى يدها من ماله .

وإن كان مال الزوج الغائب الذى هو من جنس النفقة وديعة عند أحد أو دينا فى ذمة أحد وطلبت فرض نفقه لها على زوجها وأمر المودع أو المدين بأداء المفروض لها فإن كان المودع أو المدين معترفا بالزوجيه وبالوديعه أو الدين ، فرض القاضى النفقة وأمر المودع أو المدين بأداء المفروض لها لأنه معترف بأن لها حقا فيما عنده للغائب . وإن كانا غير معترفين بهما أو بأحدهما والقاضى يعلم ما أنكره فرض وأمر بالأداء أيضا إعانة لصاحبة الحق على وصولها إلى حقها . وإن كان كل منهما غير معترف بالزوجيه ولا بالوديعة أو الدين ولا علم للقاضى بهما تسمع الدعوى من الزوجه وتطلب منها البينة على ما أنكر . فإن إقامتها قضى لها بالنفقة وأمر المنكر بالأداء .

وهذا قول زفر المفتى به . ووجهه أن القضاء هنا هو بمجرد النفقه سد الحاجة الزوجة ولا ضرر فيه على الزوج لأنه يحتاط لحقه بأخذ كفيل منها بما أخذت وتحليفها اليمين على أنها تستحقه . وله المعارضة بعد عودته ودفع دعواها بما يبطلها .

وقال الإمام أبو حنيفه وصاحباه لا تسمع دعواها على المودع أو المدين عند إنكارهما الزوجية والوديعه أو الدين لأنه ليس واحد منهما خصما فى إثبات ما أنكره لأن إثبات الدين أو الوديعه يكون من الدائن أو المودع وإثباتها الزوجيه يكون فى مواجهة الزوج وإذا لم تكن خصومه فلا تسمع الدعوى .

وفى كل موضع يقضى على الغائب بنفقه لزوجته يحتاط القاضى لحقه بأخذ كفيل من الزوجة يكون ضامنا لما أخذته إن تبين أنها لا تستحقه وبتحليفها اليمين على أنها تستحق نفقه عليه .

وللغائب بعد عودته أن يعارض فى الحكم ويدفع دعواها بما يطالبها كأن يدفعها بأنها مطلقة ومنقضيه العدة أو ناشزة أو أنه ترك لها قبل غيبته ما تنفق منه على نفسها . وإذا أثبت ما دفع به بالبينه وتقرر قبول الدفع ونقض الحكم المعارض فيه فله الرجوع على زوجته أو كفيله بما أخذت من ماله بغير حق .

هذا هو الحكم إذا ترك الغائب مالا من جنس النفقه . أما إذا ترك الغائب مالا من ليس النفقه بأن كان ماله عقارات مثلا فلا يباع شىء من عقاراته تنفيذا لنفقتها بل تكون نفقتها فى أجرة ما يؤجر منها لأن مال المدين لا يباع فى دينه عند الامام مطلقا ولا يباع عند الصاحبين إلا إذا امتنع من أدائه وعند الغيبة لم يثبت امتناع .

وإذا لم يترك مالا أصلا لا من جنس النفقه ولا من غيره قضى لها القاضى بالنفقه وأمرها أن تستدينها وتجب الإدانة على من تجب عليه نفقتها من أقاربها لو لم تكن متزوجه . ولو طلبت تطليقها منه لإعساره لا تجاب إلى طلبها طبقا لمذهب الحنفيه وهو ما كان عليه العمل فى المحاكم الشرعيه قبل صدور القانون ٢٥ سنه ١٩٢٠ سواء أكان الزوج غائبا أم حاضرا لأن اليسر والعسر ليس أمر ملازما وإنما مال الله غاد ورائح أما بعد صدور القانون المذكور فقد أجيز لزوجة الغائب طلب التطليق ويجيبها القاضى إلى طلبها فى حالات هى الواردة فى المادة الخامسة من القانون المذكور ونصها (إذا كان الزوج غائبا غيبه قريبه فإن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقه فى ماله وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر إليه القاضى بالطرق المعروفه وضرب له أجلا فإن لم يرسل ما تنفق منه زوجته على نفسها أو لم يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضى بعد مضى الأجل) .

فطبقا لهذه المادة إذا كان الزوج غائبا غيبة قريبة بحيث يسهل إعلانه ووصول قرار المحكمة إليه فى مدة لا تتجاوز تسعة أيام وطلبت الزوجة من القاضى تطليقها على زوجها الغائب لأنه ليس له مال ظاهر يمكن التنفيذ عليه بالنفقة الحاضرة وأثبتت دعواها بالبينة الشرعيه فإن القاضى يصدر قرارا بالأعذار إلى الزوج بأنه إذا لم يقم بالإنفاق على زوجته المدعيه النفقه الحاضرة الواجبه لها عليه أو لم يحضر للإنفاق عليها تطلقها المحكمه عليه وتضرب له أجلا مناسبا بحسب ما يراه . ويكلف القاضى قلم كتاب المحكمه بإعلانه بصورة من هذا القرار ويؤجل القضيه لتنفيذ ذلك فإذا مضى الأجل ولم يقم بما كلف به بعد التحقق من وصول الإعلان إليه طلقها عليه القاضى ويكون الطلاق رجعيا إذا كان بعد الدخول . ويلاحظ أن التطليق يكون

للامتناع عن النفقه الحاضرة أما النفقه المتجمدة عن مدة ماضيه فإن الامتناع عن أدائها لا يكون موجبا للتطليق بأى حال من الأحوال . والنفقه الحاضرة لم يقدرها القانون ولا فقهاء مذهب الإمام مالك الذى أخذت منه هذه الأحكام بمقدار معين ولكن جرى عمل المحاكم على تقديرها بنفقه شهر للطعام والمسكن وكسوة ستة أشهر معجلة . والحكم المذكور يسرى على المسجون بسجن معلوم بالقطر المصرى .

هذا هو الحكم فيما إذا كان الزوج غائبا غيبه قريبه . أما إذا كان غائبا غيبه بعيدة أو مجهول المحل أو مفقودا وثبت أنه لا مال له تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضى فى الحال بدون إعذار ولا ضرب أجل .

وإذا كان تطليق القاضى بعد دخول الزوج بزوجته فإن الطلاق فى الأحوال المذكورة جميعها يقع رجعيا وللزوج أن يراجع زوجته فى أثناء العدة بشرطين .

الأول : أن يثبت الزوج إيساره وقدرته على النفقة الواجبة لها عليه شرعا حسب حالته .

الثانى : أن يثبت استعداده لمداومة الإنفاق عليها فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للانفاق لم تصح الرجعة كما هو نص المادة السادسة من القانون المذكور فقد جاء بها (تطليق القاضى لعدم الإنفاق يقع رجعيا وللزوج أن يراجع زوجته إذا ثبت إيساره واستعد للإنفاق فى أثناء العدة فإن لم يثبت إيساره ولم يستعد للإنفاق لم تصح الرجعة) .

وقد جرت أحكام بعض المحاكم الاستئنافية على خلاف ما سبق فلم تلغ الحكم بالطلاق مع عرض الزوج على الزوجه نفقه شهر وهى النفقه الحاضرة التى جرت أحكام المحاكم على تقديرها بذلك بل قررت أن الضرر لا يرتفع بعد

ثبوت الأعسار والحكم بالطلاق بفرض نفقه شهر بعد امتناع أشهر والأعذار بالطلاق والقاضى هو الذى يقدر كفاية اليسار وعدمه وحقيقه الاستعداد للإنفاق ، حكم محكمه الاسكندرية الابتدائيه الشرعيه بتاريخ ٢٥ / ٤ /١٩٣٩ فى القضيه الأستئنافيه رقم ٢١٩ سنه ٣٨ / ٩٣٩ ، وقد خالف هذا الحكم كل الأحكام الصادرة من المحاكم فى مثل هذه الدعوى .

امتناع الزوج عن الإنفاق على زوجته هل يقتضى التطليق .

ليس فى أحكام مذهب أبى حنيفه الذى كان يجرى عليه العمل حتى صدور القانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٠ مايجيز تطليق الزوجه من زوجها لامتناعه من الإنفاق عليها مع عدم وجود مال ظاهر له يمكن التنفيذ فيه . وكان فى تطبيق مذهب الحنفية ضرر بالزوجات وقد حمل ذلك كثيرا من الأزواج الذين لا يقدرون واجبات الزوجيه على ترك زوجاتهم بدون نفقه وقد لا تجـــد الواحدة منهن ما تنفق منه على نفسها فتتعرض للشقاء أو السقوط فى مهاوى الرذيلة إذا بقيت فى عصمة رجل لا هو ينفق عليها ولا يطلقها فتتزوج من زوج آخر فكان من الواجب وضع حد لهذا الضرر الذى تأباه الشريعة الإسلامية وذلك بالعدول عن تطبيق مذهب الحنفية فى هذا الموضوع والعمل بمذهب الإمام مالك الذى يخير التطليق فى هذه الحالة طبقا للمواد ٤ ، ٥ ، ٦ من القانون المذكور الذى تضمنت أنه إذا امتنع الزوج من الانفاق على زوجته وطلبت تطليقها منه لهذا السبب فلا يخلو حاله أمور خمسة .

١ أن يكون حاضراً بالجلسة المحددة لنظر الدعوى .

٢ — أن يكون غائبا غيبة قريبه . ٣ — أن يكون غائبا غيبه بعيدة .

٤ — أن يكون مجهول الإقامه . ٥ — أن يكون مسجو

جامعة الأزهر
كلية الشريعة

فقه حنفي

قسم المعاملات

من المقرر على الصف الرابع من كلية الشريعة

جمع وترتيب
محمد أنيس عبادة
الأستاذ المساعد بكلية الشريعة

الطبعة الأولى

دار الطباعة المحمدية
بالأزهر بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين .

أما بعـــد : فلما أسند إلى تدريس مادة الفقه الحنفى لطلبة السنة الرابعة دراسة نصية فى كتاب الهداية .

ولما كانت عبارات الكتاب من الدقة وقوة التعبير . بحيث يصعب على الطلاب الاستقلال فى فهمها . رأيت أن أسجل المحاضرات التى ألقيت عليهم طول العام . . ليسهل رجوعهم إليهـا ، وفهمهم لهـا ، واستذكارهم للمعلومات التى درسوها طول العام .

والله أسأل أن يجعلها نافعة للطلاب إنه سميع مجيب ؟

ذى القعدة سنة ١٣٨٣ هجرية
مارس سنة ١٩٦٤ ميلادية

كتاب الرهن

مقدماته - إجمال - مسائله

الكلام فيه يشتمل على المسائل الآتية :

مناسبته لكتاب الصيد ، محاسنه ، سببه ، تعريفه ، مشروعيته ، ركنه ، شرط جوازه ، شرط لزومه وتمامه ، وحكمه .

المناسبة : ذكر الفقهاء كتاب الرهن بعد الصيد لأن كلا منهما سبب لتحصيل المال .

محاسنه : منها حصول النظر للجانبين . جانب الدائن وهو المرتهن الذى ستثبت له بعقد الرهن يد الاستيفاء على العين المرهونة . وجانب المدين من من حيث شرعيته فيحصل الأمن لدى الدائن فيعطى الدين . ثم استنهاض الراهن لأداء الدين ليحصل على عين الرهن .

أما سببه : فهو سبب أنواع المعاملات وهو تعلق البقاء المقدر بتعاطيه . وذلك أن المولى جل وعلا خلق الخلق وقدر لبقاء البشر أمدا علمه عنده . ولا تبقى الحياة بالناس إلى هذا الأمد إلا بشرعية المعاملات التى تضمن بقاء النوع والفرد والأسرة والمجتمع والجماعات حسب النظام الذى تضمنه به حياة الناس وحاجاتهم فكان لكل نوع منها أثراً فى بقاء البشرية إلى الوقت المعلوم عنده . والرهن معاملة بين الناس فيه تيسير للحاجة : تعلق بها البقاء إلى أمده المعلوم للخالق .

تعريفه : الرهن فى اللغة : حبس الشىء بأى سبب كان ، فيشمل أى حبس لأى شىء بأى سبب سواء كان على صفته الشرعية . أو غيرها .

وأما معناه فى الشرع : فهو جعل الشىء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه منه كالديون ، فجعل الشىء محبوسا معنى يحصل نتيجة لانعقاد الرهن من طرفيه بالإيجاب والقبول ، فبمجرد انعقاد الرهن يحصل حبس العين المرهونة بالحق الذى للدائن المرتهن على الراهن المدين . وللعاقد الرجوع عنه قبل أن يقبض المرتهن عين الرهن . وهذا معنى جوازه . فإذا قبض المرتهن عين الرهن تم ولزم ، فالضمير فى قوله استيفاؤه يعود على حق . وفى (منه) على الرهن بمعنى المرهون . فيكون المعنى إن يكون بحق يمكن استيفاء الحق من عين الرهن .

والحاصل أن قبل القبض يتحقق فى الرهن معنى الحبس من غير لزوم فيجوز الرجوع عنه . أما بعد القبض فيتم ويلزم فيتحتم ولا يجوز الرجوع عنه .

ويترتب على كونه بحق يمكن استيفاؤه من الرهن . أنه لا يجوز ارتهان الخمر . وكذلك لا يجوز الرهن بالحد والقصاص . لعدم إمكان الاستيفاء .

وقولهم كالديون . إشارة إلى أن الرهن لا يجوز إلا بالدين لأنه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه وفى معنى الدين الأعيان المضمونة بأنفسها كما سيأتى :

مشروعية الرهن : وعقد الرهن مشروع والدليل على مشروعيته الكتاب ، السنة ، الإجماع ، والمعقول .

أما الكتاب فقوله تعالى : فرهان مقبوضة — ووجه دلالة الآية على مشروعية الرهن أن رهان جمع رهن كعباد جمع عبد وهو مصدر مقرون بالفاء . وقد وقع فى محل الجزاء لقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا ، والمصدر المقرون بالفاء فى محل الجزاء يفيد الأمر . فيصير المعنى فارهنوا . والمأمور به مشروع . وبيان المعنى المراد لهذا الأمر سيأتى — فى مسألة اللزوم بالقبض .

وأما السنة فيما روى أنه ﷺ اشترى طعاما من يهودى ورهنه درعه. وهو دليل ظاهر على مشروعية الرهن.

وأما الإجماع: فقد أجمعت الأمة على جوازه وشاع ذلك من غير نكير من أحد. فكان هذا إجماعا على مشروعيته.

وأما المعقول: فهو أن الرهن عقد وثيقة للاستيفاء فيكون جائزا قياسا على عقد الوثيقة لطرف الوجوب وهو الكفالة بل أولى.

وبيان هذا أن الدين له طرفان. طرف الوجوب فى الذمة، لأن الدين يجب أولا فى ذمة المدين، والطرف الثانى طرف الاستيفاء. لأنه بعد وجوبه فى الذمة يستوفى بأداء المال بعد الوجوب، وناحية الاستيفاء هى الأهم لأن المقصود هو استيفاء الدين من المدين. والوجوب وسيلة إلى الاستيفاء. فإذا كان عقد الوثيقة فى جانب الوجوب مشروعا بعقد الكفالة فمن باب أولى يكون عقد الوثيقة لطرف الاستيفاء وهو الرهن مشروعا. يعنى كما جاز عقد الوثيقة فى الوجوب الذى يختص بالذمة فكذلك يجوز عقد الوثيقة بالاستيفاء الذى يختص بالمال. بل هو أولى بالجواز لأن الوجوب فى الذمة وسيلة. واستيفاء المال مقصود. والمقصود أولى بالجواز من وسيلته.

ركن الرهن: ركنه الإيجاب والقبول، فينعقد الرهن بالإيجاب وهو قول الراهن رهنتك هذا المال بدين لك على وما فى معناها. والركن الثانى القبول وهو قول المرتهن قبلت، وهذا رأى عامة المشايخ، ووجهتهم أن الرهن عقد. والعقد ينعقد بالإيجاب والقبول. فينعقد الرهن بالإيجاب والقبول كما مثلنا.

وقال شيخ الإسلام خواهرزاده حكاية عن سائر المشايخ: إن ركن الرهن الإيجاب بمجرده من غير توقف على القبول. وعللوا ذلك بأن الرهن عقد

تبرع . وكل ماهو كذلك (أي كل عقد تبرع يتم بالمتبرع وحده فالرهن يتم بالمتبرع . وعبارة المتبرع هى الإيجاب . وهو قول الراهن مثلا رهنتك هذا بدين لك لى على .

أما المقدمة الأولى وهى أن الرهن عقد تبرع فدليلها أن الراهن لم يستوجب شيئا له على المرتهن فى مقابل ماأثبت للمرتهن من يد الاستيفاء ولا نعنى بالتبرع إلا ذلك . فتقديم عين الرهن من الراهن المدين وإثبات يد الاستيفاء للمرتهن تبرع من الراهن لأنه غير واجب عليه ولم يستوجب فى مقابلته شيء .

وكل ماهو كذلك يتم بالمتبرع وحده وهو هنا الراهن الذى يصدر منه الإيجاب بقوله للمرتهن رهنتك الخ ودليله الهبة ، والصدقة . إذ كل من الهبة والصدقة تبرع من الواهب والمتصدق فيتم العقد فيهما بالايجاب من الواهب والمتصدق .

وقد اعترض على العبارة الأولى بأن الراهن استوجب على المرتهن صيرورته مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن . فلم يكن متبرعا وعلى هذا لاينعقد الرهن بالإيجاب فقط .

وقد أجيب عن ذلك بأن الراهن لم يستوجب على المرتهن بإزاء ثبوت يد الاستفتاء شيئا ابتداء . وصيرورته مستوفيا لدينه عند هلاك الرهن فى البقاء لافى الابتداء . فيتم كون الرهن عقد تبرع من جهة الراهن .

والراجح توقف عقد الرهن على الإيجاب والقبول . لأن الراهن غير متبرع من كل وجه ، بل فى عقد الرهن معاوضة من وجه . وهو صيرورة المرتهن مستوفيا لدينه عند الهلاك . فقد استوجب الراهن لنفسه بالرهن هذا المعنى فكان فيه معنى المعاوضة فى البقاء . وهذا بخلاف الهبة ، والصدقة فإن كلا منهما عقد تبرع من كل وجه . أما الرهن فهو تبرع بالنظر إلى الابتداء ومعاوضة فى البقاء للمعنى السابق .

وما دام الرهن فيه المعاوضة من وجه فينبغى أن لا يتم بالراهن وحده بالإيجاب . بل لا بد من قبول المرتهن أيضـــا حتى يتم اعتبارنا له مستوفيا لدينه حكما عند هلاك الرهن فى يده .

تمام الرهن ولزومه : الرهن ينعقد بالايجاب والقبول كما قلنا . ويتحقق بهما حصول معنى العقد ، ويتحقق معنى الحبس . إلا أنه بالإيجاب والقبول جائز غير لازم . فيجوز الرجوع عنه قبل قبض المرتهن لعين الرهن .

ولا يتحقق لزومه وتمامه إلا بالقبض عندنا . ولهذا قالوا : والقبض شرط اللزوم . وهذا معنى عبارة القدورى ويتم بالقبض فيكون الرهن قبل القبض جائزا وبه يلزم ويتم .

وقال مالك يلزم الرهن بنفس العقد . فمتى حصل الإيجاب والقبول انعقد العقد وتم ولزم بنفسه من غير اشتراط القبض . فلا يجوز الرجوع .

استدل مالك على لزوم الرهن بنفس العقد بدليلين :

الدليل الأول : قياسه على البيع بجامع أن كلا منهما عقد يختص بالمال من الجانبين ، والبيع بهذا المعنى يلزم بالعقد فكذلك الرهن .

الدليل الثانى : قياسه على الكفالة بجامع أن كلا منهما عقد وثيقة والكفالة باعتبارها وثيقة تلزم بنفس العقد فكذلك الرهن لأنه عقد وثيقه بجانب الاستيفاء فيكون مثلها ويلزم بنفس العقد .

واستدل الحنفية : على أنه لا يلزم إلا بالقبض بما يأتى :

أولا : بقوله تعالى « فرهان مقبوضه » ووجه الاستدلال أن رهان مصدر مقرون بالفاء وقد وقع فى محل الجزاء لقوله تعالى « وإن كنتم على سفر » ـ والمصدر المقرون بالفاء فى محل الجزاء يراد به الأمر . وذلك

كقوله تعالى « فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر » ـ وقوله تعالى (ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة) .

والمعنى فى الآيتين فصوموا . وليحرر وعلى هذا يكون المعنى فى آية الرهن والله أعلم فارهنوا . وارتهنوا . والاجماع على أن الرهن لايجب على المديون كما لايجب قبوله على الدائن فصرف الأمر من الرهن إلى شرطه وهو القبض فيصير المعنى وإن كنتم على سفر ورهنتم فاقبضوا ، وهذا كما صرف الأمر فى حديث الربا إلى المماثلة للإجماع على أن البيع مباح . وقد ورد فى حديث الربا بلفظ الأمر فانصرف إلى شرط البيع وهو المماثلة المفهومة من قوله (مثلا بمثل) فتكون الآية دالة على الأمر بالقبض فى الرهن وهو يفيد اللزوم .

ثانيا : أن الرهن عقد تبرع من جهة الراهن لأنه أثبت يد الاستيفاء للمرتهن . ولم يستوجب على المرتهن شيئا فى مقابلة ذلك ولهذا فأن الراهن لايجبر على الرهن فلابد من إمضاء هذا العقد كما فى الوصية وذلك يكون بالقبض . فيكون القبض لازما فيه :

كيفية القبض : ويكتفى فى القبض اللازم فى الرهن بالتخلية وهى رفع المانع فلو رفع الراهن المانع من وصول يد المرتهن إلى العين المرهونة كان هذا كافيا فى الرهن وهذا فى ظاهر الرواية ووجه هذا الرأى أن القبض فى الرهن قبض بحكم عقد مشروع فأشبه المبيع حيث يكتفى فى قبضه بالتخلية فحاصل هذا الاستدلال قياس الرهن على البيع فى جواز القبض بالتخليه لأن القبض فى كل منهما بحكم عقد مشروع . .

وعن أبى يوسف : أن القبض فى المنقول لا يكتفى فيه بالتخلية . بل لابد من النقل لأنه قبض موجب للضمان إبتداء بمنزلة الغصب بخلاف الشراء لأنه ناقل للضمان من البائع إلى المشترى وليس بموجب ابتداء وإنما كان القبض فى الرهن موجبا للضمان لأنه لم يكن مضمونا على الراهن قبل القبض

حتى ينتقل الضمان منه إلى المرتهن وكل قبض هذا شأنه لا يكتفى فيه بالتخلية كما فى الغصب لا يصير مضمونا بدون النقل فكذلك المرهون ...

والأول أصح : لأن الرهن وثيقة لجهة الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء تثبت بالتخلية بأن يخلى الراهن بين المرتهن ودينه . فكذلك جهته إذ الحقيقة أقوى من الجهة وما يثبت به الأدنى يثبت به الأقوى .

صفة القبض : ثبت أن القبض فى الرهن منصوص عليه كما تقدم والمنصوص عليه معتنى بشأنه كما قالوا فى الهبة والاعتناء بشأن القبض يقتضى تحقق القبض الكامل فيه وأن هو يكون الرهن محوزاً مفرغا متميزاً . فيجب ذلك . وكونه محوزاً إحتراز ، عن رهن الثمر على رؤس النخيل بدونه وكونه مفرغا إحتراز عن عكسه . وكونه متميزا إحتراز عن الشيوع فى الرهن . . . ! ! !

فإن قبضه المرتهن على هذا الوجه تم العقد ولزم وإن لم يقبضه فالراهن بالخيار بين التسليم وعدمه . كما ذكرنا أن اللزوم أو الجواز بالقبض إذ المقصود وهو الاستيفاء لا يحصل قبله أى قبل القبض . . .

ضمان الرهن : الرهن مضمون عند الحنفية . فاذا قبضه المرتهن على الوجه الذى تقدم دخل فى ضمانه . فاذا هلك فى يد المرتهن سقط الدين بهلاكه إن كانت قيمته مثل الدين . . .

وقال الشافعى : هو أمانة فى يده لا يسقط بهلاكه شىء من الدين .

دليل الشافعى : وقد استدل الشافعى بما يأتى :

أولا : بالسنة . وهى ماروى أنه عليه السلام قال « لا يغلق الرهن قالها ثلاثا لصاحبه غنمه وعليه غرمه » غنمه اى زوائده وعليه غرمه أى هلاكه قال ومعناه لا يصير الرهن مضمونا بالدين ...

ثانيا : بالمعقول : وهو أن الرهن وثيقة بالدين ليزداد به الصيانة فلو سقط الدين بهلاكه عاد على موضوعه بالنقض ...

استدل الحنفية : بالسنة . والاجماع . والمعقول .

أما السنة : فما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال للمرتهن بعد مانفق فرس الرهن عنده ذهب حقك وحقه الدين فيكون ذاهبا . وليس المراد به ذهاب حقه فى الإمساك أو من المطالبة برهن آخر لأن الأول مشاهد فلا فائدة فى الأخبار عنه .

والثانى : ليس حقا له ولأنه ذكر الحق فى أول الحديث منكراً أن رجلا رهن فرسا عند رجل بحق له عليه فنفق الفرس عند المرتهن فاختصما إلى النبى صلى الله عليه وسلم . فقال للمرتهن ذهب حقك فذكر الحق منكرا ثم أعاده معرفا وفى ذلك يكون الثانى عين الأول .

ومن السنة أيضا قوله صلى الله عليه وسلم : « إذا غمى الرهن فهو بما فيه » ومعناه على ما قالوا إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ماهلك . يعنى إذا قال الراهن لا أدرى كم كانت قيمته والمرتهن كذلك يكون الرهن بما فيه . . . (حكى هذا التأويل عن أبى جعفر)

وأما الاجماع : فقد أجمع الصحابة والتابعون على أن الرهن مضمون مع اختلافهم فى كيفية الضمان . فروى عن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه مضمون بالقيمة . وروى عن بن عمر وابن مسعود أنهما قالا « الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين » وروى عن إبن عباس أنه مضمون بالدين واختلافهم على هذا الوجه إجماع منهم على أنه مضمون فالقول بكونه أمانة خرق للاجماع .

— وأما المعقول : فهو أن الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد . والحبس لأن الرهن ينبىء عن الحبس الدائم قال تعالى « كل نفس بما كسبت رهينة » أى محبوسة بما اكتسبت من المعاصى .

.. وقال الشاعر :

وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فأمس الرهن قد غلقا

والأحكام الشرعية : تنعطف على الألفاظ على وفق الأنباء .

لأن الرهن وثيقة لجانب الاستيفا . ومعناه أن يكون الرهن موصلا إلى الاستيفاء . وكونه موصلا إليه ثابت بملك اليد والحبس ليقع الأمن عن جحود الرهن مخافة جحود المرتهن الرهن . ومعناه أن الحبس يفضى إلى آداء الحق . لأن الراهن يخش أن جحد الدين أن يجحد المرتهن الرهن لأن قيمة الرهن قد تكون أكثر من الدين . وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيحتاج إلى إيفاء الأقل لتخليص الأكثر أو لضجرة عن المطالبة . وهذا يدل على اليد والحبس .

وإذا كان الرهن يدل على اليد والحبس ثبت الاستيفاء من جهة لأن الاستيفاء إنما يكون باليد والرقبه . وقد حصل بعضه وتقرر بالهلاك لانتفاء احتمال النقض فلولم يسقط الدين واستوفاه ثانيا أدى إلى تكرار الأداء بالنسبة إلى اليد وهو ربا . وهذا بخلاف ما إذا كان الرهن قائما . لأنه ينقض هذا الاستيفاء للدين بالحبس بالرد على الراهن . فلا يتكرر الأداء ولا يصح أن يجعل الهلاك كالرد فى نقض الاستيفاء بعلة أن الهلاك لم يتعين لتقرير الاستيفاء ألا ترى أن المبيع إذا هلك قبل التسليم فأنه لا يقرر استيفاء . بل ينقض الاستيفاء به . لا يصح هذا : لأن النقض إنما يتحقق فيما أمكن رد العين إلى المالك كالثمن فى البيع ولا يمكن ذلك فى هلاك الرهن ...

فإن قيل فاليستوفى المرتهن الدين على وجه لايؤدى إلى الربا وهو أن يستوفى رقبة لا يدا ...

أجاب المصنف : على ذلك : بقوله . ولا وجه إلى إستيفاء الباقى وهو ملك الرقبة بدون ما استوفاه من اليد لأنه غير متصور ...

قال صاحب الهداية : والاستيفاء يقع بالمالية أما العين فأمانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حياته وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لاينوب عن قبض الشراء إذا إشتراه المرتهن لأن العين أمانة لاتنوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء .

هذه العبارة : جواب عما يقال لو كان بالرهن استيفاء لكان إما لعين الدين أو لبدله لاسبيل إلى الاول لأن الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون إلا من جنسه ولا إلى الثانى لأن الرهن يبدل الصرف والمسلم فيه جائز والاستبدال بهما غير جائز ووجه الجواب أنا نختار الأول لأن قوله ليس من جنس الدين : قلنا ليس من جنسه من حيث الصورة أو الماليه والأول مسلم ، وليس الأستيفاء من حيث الصورة بل هو من حيث الصورة أمانه حتى كانت نفقة المرهون على الراهن فى حيانه وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لاينوب عن قبض الشراء إن إشتراه المرتهن لما تقدم فى الهبة إن قبض الأمانة لاينوب عن قبض الضمان بخلاف العكس . والثانى ممنوع فأنه من جنس الدين مالية والاستيفاء يقع بها .

مناقشة أدلة الشافعية :

وقد ناقش الحنفية أدلة الشافعية : فقالوا فى الدليل المعقول وهو أن الرهن وثيقة بالدين وبعد الوثيقة يزداد معنى الصيانه والسقوط بالهلاك يضاد ما اقتضاه العقد . فقد أجيب عن هذا الدليل بأن موجب العقد ثبوت يد الاستيفاء كما ذكرنا وذلك يحقق الصيانة لا محالة وفراغ ذمة الراهن من ضروراته كما فى الحوالة فأنها توجب الدين فى ذمة المحال عليه لصيانة حق الطالب وإن كان فراغ ذمة المحيل من ضروراته فلا ينعدم به مقتضى العقد لأن الاعتبار بالموضوعات الأصلية لا باللوازم الضمنية . .

فالحاصل : ـ أن عندنا حكم الرهن صيرورة الرهن محتبسا بدينه باثبات

يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين : استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج على هذين الأصلين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه :

منها : أن الراهن ممنوع عن الاسترداد للانتفاع لأنه يفوت . موجبه وهو الاحتباس على الدوام . وعنده لايمنع منه لأنه لاينافى موجبه وهو تعينه للبيع - وسيأتيك البواقى فى أثناء المسائل إن شاء الله تعالى .

وقد ناقش الحنفية دليل الشافعيه الأول :

وهو الحديث بأن المراد من قوله صلى الله عليه وسلم : لايغلق الرهن على ماقالوا الاحتباس الكلى ، والتمكن بأن يصير مملوكا كذا ذكره الكرخى عن السلف .

أما قوله فله غنمه . وعليه غرمه . فقد نقل عن أبى حنيفه ، وأبى يوسف محمد : أن ذلك فى البيع إذا بيع الرهن بثمن أنقص من الدين غرم الراهن ذلك النقص . وإن بيع بفضل عن الدين أخذ الراهن ذلك الفضل . .

مايصح فيه الرهن :

ولا يصح الرهن إلا بدين مضمون . وكلمة مضمون للتأكيد لأن كل دين مضمون . وقيل إحترز بها عن دين سيجب كما لو رهن بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وإنما لايجوز الرهن إلا بدين مضمون لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء . والاستيفاء يتلوا الوجوب ويشكل على هذه العبارة : التى تفيد حصر الرهن فى الدين أنه يجوز فى الأعيان المضمونه بأنفسها مع أنه لادين ويمكن أن يقال أن الواجب الأصلى فيها هو القيمة ورد العين مخلص . على ماعليه أكثر المشايخ وهو دين .

قال صاحب العناية : والحاصل أن الرهن : إما أن يكون بالدين

أو بالعين والاول صحيح بكل حال . والثانى إما أن يكون بعين مضمونة أولا . والثانى غير صحيح كما فى الودائع ، والعوارى . والمضاربات والشركات والأول . إما أن يكون بنفسها وهو مايجب عند هلاكه المثل إن كان مثليا . أو قيمته إن كان قيميا : أو يكون مضمونا بغيرها وهو المضمون بغير المثل أو القيمه كالمبيع فى يد البائع فأنه مضمون بالثمن ولأن الواجب الأصلى فى الأعيان المضمونه بنفسها هو القيمه صحت الكفاله بها .

والقيمة وإن كانت لاتجب إلا بعد الهلاك : إلا أنها لما تجب تجب بالقبض السابق ولهذا تعتبر القيمه يوم قبض الغاصب المغصوب من المالك فيكون الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما فى الكفاله ولهذا لاتبطل الحوالة المقيده به بهلاكه بخلاف الوديعه فأن الحوالة عليها تبطل بهلاكها لأنه لاوجوب هناك للقيمه ولاسبب للوجوب .

كيفية ضمان الرهن : الرهن مضمون بما هو الأقل من قيمته يوم القبض ومن الدين ، فإذا هلك فى يد المرتهن وقيمتــه والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وإن كانت قيمه الرهن أكثر فالفضل أمانه فى يده لأن المضمون بقدر ما يقع به الأستيفاء وذلك بقدر الدين . وإن كانت قيمة الرهن أقل سقط من الدين بقدره . ورجع المرتهن بالفضل لأن الاستيفاء بقدر المالية .

وقال زفر : هو مضمون بالقيمه حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم الرهن ألف وخمسمائة والدين ألف . رجع الراهن على المرتهن بخمسمائه .

وقد استدل على ذلك : بحديث على رضى الله عنه قال (يترادان الفضل) فى الرهن . يعنى إن التراد انما يكون من الجانبين .

واستدل أيضا بأن الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسه به فتكون مضمونه اعتباراً بقدر الدين . .

والرأى الأول وهو رأى أئمتنا وهو مروى عن عمر وعبدالله بن مسعود رضى الله عنهم .

ولأن يد المرتهن يد الاستيفاء . فلا توجب الضمان إلا بالقدر المستوفى كما فى حقيقة الاستيفاء مثل ما إذا أوفاه ألفى درهم فى كيس . وحقه فى ألف فأنه يصير ضامنا قدر الدين والزيادة على قدر الدين امانه فكذا هذا .

مناقشه أدلة زفر :

وقد ناقش الأئمة أدلة زفر بما يأتى :

أولا : قالوا فى الحديث المروى عن على رضى الله عنه (يترادان الفضل) أنه محمول على حالة البيع وذلك توفيقا بين هذا الحديث وبين ماروى عن على أيضا وهو (المرتهن أمين فى الفضل) فيحمل الأول على حالة البيع : يعنى إذا باع المرتهن الرهن بأذن الراهن برد مازاد على الدين من ثمنه إلى الرهن ولو كان الدين زائداً يرد الراهن زيادة الدين .

وقالوا فى الدليل المعقول : إن الزيادة مرهونه والزيادة مرهونة به لكونها ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها لانا لو لم نجعل الزيادة مرهونة أدى إلى الشيوع ولعدم إنفكاكها عنه ولا ضرورة فى حق الضمان لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بأن استعار الراهن الرهن من المرتهن فأن الرهن باق ولا ضمان على المرتهن كما سيجىء . .

حق المرتهن فى المطالبه :

(وللمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) أما المطالبه فلان حقه باق عند الراهن . والرهن لزيادة الصيانه فلا تمتنع به المطالبه .

وأما الحبس فلأنه جزاء الظلم . فاذا ظهر مطله عند القاضى يحبسه .

إحضار الرهن : وإذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن لأن قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الأستيفاء لأنه يتكرر الأستيفاء على إعتبار الهلاك فى يد المرتهن وهو محتمل وإذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين اليه أولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما فى تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا ..

ولأن الرهن وإن كان لاستيفاء الدين بحكم الوضع لكن فيه شبهة المبادلة فمن حيث إنه استيفاء لحقه قلنا بأن قبض الدين لا يتوقف على إحضار الرهن فلم يجب على المرتهن تسليمه وباعتبار شبهة المبادلة يتوقف قبض الدين على إحضار الرهن عند وجوب تسليمه .

ليس على المرتهن حمل ومؤنة تسليم الرهن :

وإن طالب الراهن المرتهن بالدين فى غير البلد الذى وقع العقد فيه إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب : يعنى يحضر المرتهن الرهن لتسليمه . لإن الأماكن كلها فى حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنه ولهذا لايشترط بيان مكان الإيفاء فى باب السلم بالاجماع ..

وإن كان له حمل ومؤنة يستوفى دينه ولا يكلف إحضار الرهن لإن هذا نقل والواجب التسليم بمعنى التخليه لا النقل من مكان إلى مكان لانه يتضرر به زيادة الضرر ولم . يلتزمه . يعنى أن المرتهن لم يلتزم ذلك . ولم يعتبر هناك إحتمال تكرار الأستيفاء على اعتبار الهلاك لأنه موهوم فلا يظهر فى مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن بخلاف الفصل الاول ..

ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز لاطلاق الامر فلو قيده بالنقد لايصح أن يبيع نسيئة فلو طالب المرتهن بالدين لايكلف المرتهن إحضار الرهن . لأنه لاقدرة له على الاحضار لأن الرهن قد بيع بأمر الراهن فلم يبق له قدرة على إحضاره .

وكذا إذا أمر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لأنه صار دينا بالبيع بأمر الراهن فصار كان الراهن رهنه وهو دين . .

فلا يكلف المرتهن إحضار الرهن لأنه لما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لابطريق انتقال حكم الرهن إلى الثمن . الا ترى أنه لو باع الرهن بأقل من الدين لم يسقط من دين المرتهن شيء فصار كأنه رهنه ولم يسلم اليه بل وضعه على يد عدل .

ولو قبضه يكلف إحضاره لقيام البدل مقام المبدل لأن الذى يتولى قبض الثمن هو المرتهن لأنه هو العاقد فترجع الحقوق اليه وكما يكلف احضار الرهن لاستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل لاحتمال الهلاك ثم إذا قبض الثمن يؤمر باحضـــاره لاستيفاء الدين لقيامه مقام العين . .

متى لايجبر الراهن :

فى الصورة السابقة علمنا أن الراهن يجبر على قضاء الدين . ولا يجبر المرتهن على الاحضار بل يجبر على الأداء . بدون احضار شيء .

بخلاف ما إذا قتل رجل عبد الرهن خطأ حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين فأن الراهن لايجبر على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن كل القيمة . لأن القيمة خلف عن العين فلا بد من إحضار كلها كما لابد

من إحضار كل عين الرهن فأن قيل لم لا تكون القيمة ههنا كالثمن فى صورة الأمر بالبيع وهى ليست فى يد المرتهن فيجبر الراهن على القضاء كما كان فى صورة أمره للمرتهن بالبيع . .

وقد أجاب المصنف على ذلك بقوله : ماصارت قيمة بفعله حتى تنتقل - اليها الرهن فصار كالرهن فى يد عدل بخلاف ماتقدم فان الرهن صار دينا بفعله فكأنهما تفاسخا الرهن وجعل الثمن رهنا إبتداء كما مر . فافترقا .

وضع الرهن عند عدل :

ولو وضع الرهن على يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل ثم جاء المرتهن يطلب دينه لايكلف إحضار الرهن لإنه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه فى قدرته ولو وضعه العدل فى يد من فى عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذى فى يده : يقول أودعنى فلان ولا أدرى لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لأن إحضاره ليس على المرتهن لانه لم يقبض شيئا وكذلك إذا غاب العدل بالرهن ولا يدرى أين هو لما قلنا من أنه لم يقبض شيئا .

الهلاك على المرتهن :

ولو أن الذى أودعه العدل جحد الرهن وقال هومالى لم يرجع المرتهن على الراهن بشىء حتى يثبت كونه رهنا لانه لما جحد الرهن فقد توى[١] المال والتوى على المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة به . .

---

(١) التوى يعنى الهلاك .

المرتهن مخير فى أن يمكن الراهن من بيعه وأن لا يمكنه :

ولهذا قال المصنف وإن كان الرهن فى يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين لأن حكمه الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله أن يحبس الرهن حتى يستوفى البقية اعتبارا بحبس المبيع . . .

وجوب الرد على المرتهن : فإذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن إليه لأنه زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه فلو هلك قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده . . .

الفرق بين الهلاك بعد القضاء وبين الهلاك بعد الهبة . أو الإبراء :

إذا هلك الرهن فى يد المرتهن قبل الرد ، استرد الراهن ما قضاه كما تقدم أما إذا وهب المرتهن للراهن أو ابرأه ، ولم يرد عليه حتى هلك من غير أن يمنعه إياه فإنه لا ضمان عليه .

الفرق بين الحالتين : إن الرهن عقد استيفاء باليد والحبس . والاستيفاء يتقرر بالهلاك مستندا إلى وقت القبض فالقضاء بعد الهلاك استيفاء بعد استيفاء فيجب الرد : وأما الأبراء فليس فيه استيفاء شىء ليجب رده وإنما هو اسقاط : واسقاط الدين عمن ليس عليه لغو . . .

ولو تفاسخا الرهن فله حبسه مالم يقبض الدين أو يبرئه . . .

ما يبطل به الرهن : ويبطل الرهن بالرد على الراهن على وجه الفسخ لأنه يبقى مضمونا مابقى القبض والدين . وإنما قلنا على وجه الفسخ : احترازا عما اذا رده على وجه العارية فإنه لا يبطل الرهن . . . !!!

وبقاء الضمان مابقى القبض والدين لأنه لو رد الرهن سقط الضمان لفوات القبض وإن كان الدين باقيا وإذا أبرأه عن الدين سقط الضمان وإن كان القبض باقيا لأن العلة اذا كانت ذات وصفين يعدم الحكم بعـــدم أحدهما .

لا يجوز انتفاع المرتهن بالرهن : وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا بسكنى ـ ولا لبس الا أن يأذن له المالك لأن له حق الحبس دون الانتفاع وليس له أن يبيع الا بتسليط من الراهن : وليس له أن يؤاجر ويعير لأنه ليس له ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فان فعل كان متعديا ولا يبطل عقد الرهن بالتعدى .

كيفية حفظ المرتهن للرهن : وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه وزوجته وولده ، وخادمه الذى فى عياله : قال رضى الله عنه معناه أن يكون الولد فى عياله أيضا وهذا لإن عينة أمانة فى يده فصار كالوديعة وإن حفظه بغير من فى عياله أو أودعن ضمن وهل يضمن الثانى فهو على الخلاف ، وقد بينا جميع ذلك بدلائله فى الوديعة والعبرة فى العيال للمساكنة لا للنفقة ..

واذا تعدى المرتهن فى الرهن ضمنه ضمان الغضب بجميع قيمته لأن الزيادة على مقدار الدين أمانة والامانات تضمن بالتعدى . .

كيفية التعدى : ولو رهن خاتما فجعله فى خنصره فهو ضامن لانة متعد بالاستعمال لانه غير مأذون فيه وانما الاذن بالحفظ واليمنى واليسرى فى ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله فى بقية الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن ولو رهنه سيفين أو ثلاثة فتقلدها لم يضمن فى الثلاثة ، وان لبس خاتما فوق خاتم ان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان لايتجمل بذلك فهو حافظ فلا يضمن

ضابط مايتحمله المرتهن ـ والراهن :

أما المرتهن فعليه أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن وكذلك أجرة الحافظ وأجرة الراعى . . .

أما الراهن : فعليه نفقة الرهن : والأصل أن مايحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل أو لم يكن لأن العين باق على ملكه ـ وكذلك منافعه مملوكة له فيكون إصلاحه وتبقيته عليه لما أنه مؤنة ملكه كما فى الوديعة . وذلك مثل النفقة فى مأكله ـ ومشربه وأجرة الراعى فى معناه لأنه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وسقى البستان . وكرى النهر . وتلقيح نخيـــله . وجذاذه . والقيام بمصالحه . وماكان لحفظه ، أولرده إلى يد المرتهن أولرد جزء منه فهوعلى المرتهن مثل: أجرة الحافظ لأن الامساك حق له . والحفظ واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك أجرة البيت . الذى يحفظ الرهن فيه . وهذا فى ظاهر الرواية .

وعن أبى يوسف : أن كراء المأوى على الراهن : بمنزلة النفقة لأنه سعى فى تبقيته . وجعل الآبق على المرتهن لأنه محتاج إلى إعادة يد الاستيفاء التى كانت له ليرده فكانت مؤنة الرد فيلزمه وهذا إذا كانت قيمة الرهن والدين سواء ، وإن كانت قيمة الرهن أكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لأنه أمانة فى يده والرد لاعادة اليد . ويده فى الزيادة يد المالك إذ هو كالمودع فيها : فلهذا يكون على المالك . .

وهذا بخلاف أجرة البيت الذى ذكرناه : فأن كلها تجب على المرتهن وأن كان فى قيمة الرهن فضـل لان وجوب ذلك بسبب الحبس وحق الحبس فى الكل ثابت له فأما الجعل إنما يلزم : لأجل الضمان فيقدر بقدر

المضمون ومداواة الجراحة والقروح . ومعالجة الأمراض والفداء من الجناية تنقسم على المضمون والأمانة . والخراج على الراهن خاصة لأنه من مؤن الملك . والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن فى الباقى لأن وجوبه لاينافى ملكه بخلاف الاستحقاق :

متى يرجع أحدهما بانفاقه مالايلزمه :

وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع . وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر بأمر القاضى رجع عليه كأن صاحبه أمره به لأن ولاية القاضى عامة . وعن أبى حنيفة أنه لايرجع إذا كان صاحبه حاضرا وإن كان بأمر القاضى : وقال أبو يوسف أنه يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر والله أعلم .

قال صاحب العناية فى بيان هذه العبارة مايأتى :

(وما أداه أحدهما مما وجب على صاحبه) يعنى من أجرة وغيرها (فهو متطوع) لأنه قضى دين غيره بغير أمره (وما أنفق أحدهما مما يجب على الآخر) .

فإن كان بغير أمر القاضى فكذلك وإن كان بأمره رجع عليه كأن صاحبه أمره به لعموم ولاية القاضى وقد قيل أنه بمجرد أمر القاضى بالنفقة لايصير دينا على الراهن مالم يجعـــله دينا عليه بالتنصيص لأن أمره ههنا ليس للالزام فإنه لايلزمه شىء منها بالإتفاق فيكون الأمر بذلك متردداً بين الإنفاق حسبة ودينا فعند الإطلاق يثبت الأدنى وقوله (وهى فرع مسئلة الحجر) فمذهب أبى حنيفة أن القاضى لايلى على الحاضر وعندهما يلى عليه يعنى عند أبى يوسف ومحمد لما نفذ حجر القاضى على الحر كان نافذا حال غيبته وحضرته وعند أبى حنيفة لو نفذ عليه أمر القاضى حال حضوره

يصير محجوراً عليه وهو لايراه بخلاف حال غيبته لأن فيها ضرورة .

باب مايجوز ارتهانه والإرتهان به ومالا يجوز

قال الحنفية لا يجوز رهن المشاع سواء كان قابلا للقسمة أو غير قابل لها .

وقال الشافعية « يجوز رهن المشاع » .

استدل الحنفية على عدم الجواز بدليلين(١) .

الدليل الأول : « مبنى على حكم الرهن ، وتقريره أن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء . على ما تناوله العقد لانه وثيقة . لجانب الإستيفاء : والعقود تشرع لأحكامها . فكل محل لايتصور فيه حكم العقد لايجوز فيه هذا العقد . وثبوت يد الاستيفاء . وهو حكم الرهن . غير متصور فى المشاع . ولا يقبله . لإن اليد تثبت على معين والمرهون من المشاع غير معين . فتكون اليد ثابتة على غير المرهون وفى ذلك فوات حكم الرهن .

الدليل الثانى : إن لازم حكم الرهن . وهو موجبة . هو الحبس الدائم لان الرهن لم يشرع إلامقبوضا بالنص . وهو قوله تعالى « فرهان مقبوضة » أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الإستيثاق ليكون الراهن عاجزاً عن الإنتفاع . فيتصارع إلى قضاء الدين لحاجته . أولضجره . . وكونه لم يشرع إلا مقبوضا بالنص . أو بالنظر إلى المقصود . يتعلق بالدوام لانه لو تمكن الراهن من استرداد العين المرهونة ، ربما جحد الرهن والدين

---

(١) استدلال الحقيقة مبنى على أمرين (الأول مبنى على فوات حكم الرهن والثانى مبنى على فوات لازم حكم الرهن .

والدين جميعا ، وفى ذلك فوات الإستيثاق ، لأنه لما وجب القبض فى شرعية الرهن ابتداء بقوله تعالى:« فرهان مقبوضة » وجب القبض بقاء لأن كل مايتعلق بالمحل فالإبتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية : فى النكاح . ومعلوم أن حكم الرهن عند الحنفية . هو ثبوت يد الاستيفاء . وذلك لايكون إلا بالقبض . والقبض يقتضى الدوام فدوام الحبس من لوازم حكم الرهن وهذا يفوت فى المشاع لأننا لو جوزناه فى المشاع يفوت دوام الحبس لأنه لابد فيه من المهايأة . فكأنه يقول رهنتك يوما دون يوم .

ولاشك فى عدم استحقاقه سوى يوم فيفوت الدوام الواجب تحققه ، ولفوات الدوام فى المشاع جميعه تساوى مايحتمل القسمة منه وما لايحتملها فى عدم الجواز .

الفرق بين الهبة والرهن :

وهذا بخلاف الهبة فإنها تجوز فى المشاع الذى لايحتمل القسمة : لأن المانع فى الهبة ، هو تحمل غرامة القسمة ، وهذا إنما يكون فيما يقسم ، وإنما جازت الهبة فى المشاع غير القابل للقسمة لأنه يقبل حكم الهبة ، إذا حكم الهبة ثبوت الملك : وهو يقبله .

أما الرهن ، فكما قلنا : حكمه ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لايقبله وإن كان لايحتمل القسمة .

واستدل الشافعية على جواز رهن المشاع بأن المشاع يقبل حكم الرهن عندهم ، لأن حكم الرهن عندهم هو تعينه للبيع ، والمشاع يقبل البيع ، فيجوز فيه الرهن .

الرهن من الشريك :

لايجوز الرهن من شريكه : لأنه لايقبل حكم الرهن كما ذكرنا فى الدليل الأول فى رهن المشاع : ولأنه يفوت فيه دوام الحبس كما تقدم فى الوجه الثانى فى رهن المشاع لأنه يسكن يوما بحـــكم الملك ، ويوما بحكم الرهن . فيصير كأنه رهن يوما ويوما لا .

والشيوع الطارىء يمنع بقاء الرهن فى رواية الأصـل ، وصورته أن يرهن الجميع ثم يتفاسخا فى البعض ، أو يأذن الراهن العدل أن يبيع الرهن كيف شاء فيبيع نصفه .

وعن أبى يوسف ، أنه لايمنع لأن حكم البقاء أسهل من حكم الابتداء فأشبه الهبة .

وجه الأول . وهو عـــدم التفرقة بين الشيوع الطارىء وغيره أن الامتناع لعدم المحلية ، ومايرجع إليه فالإبتداء والبقاء فيه سواء كالمحرمية فى باب النكاح ، وهذا بخلاف الهبة لأن المشاع يقبل حكمها وهو الملك ، واعتباره القبض فى الابتداء لنفى الغرامة ، ولاحاجه إلى اعتباره فى حالة البقاء ولهـذا يصح الرجوع فى بعض الهبـة ولا يجوز فسخ العقـد فى بعض الرهن .

لايجوز رهن الثمر على رؤوس النخيل دون النخيل ولا زرع الأرض دون الأرض ولا رهن النخيل فى الأرض دونها ، لأن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة ، فـكان ذلك فى حكم الشائع ، وعلة عدم الجواز فى الشيوع متحققة فى هـذه المسائل : والأصل أن اتصال المرهون بما ليس بمرهون يمنع جواز الرهن لإنتفـاء القبض فى المرهون وحـده لاختلاطه بغيره .

وعن أبي حنيفة أن رهن الأرض بدون الشجر جائز لأن الشجر اسم للنابت فيكون استثناء الأشجار بمواضعها ، بخلاف ماإذا رهن الدار دون البناء لأن البناء اسم للمبنى فيصير راهنا جميع الأرض وهى مشغولة بملك الراهن ، ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لأن هذه مجاورة وهى لا تمنع الصحة ، ولوكان فيه ثمر يدخل فى الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع لان بيع النخيل بدون الثمر جائز ولاضرورة لإدخاله من غير ذكره .

رهن الدار بدون المتاع :

ويخالف ماتقدم ماإذا رهن داراً مشغولة بأمتعة الراهن لانها لما لم تكن تابعة للدار بوجه لم تدخل فى رهنها من غير ذكر فانتفى القبض ألا ترى أنه لو باع الدار بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لم تدخل الامتعة بخلاف مالو باع النخيل بكل قليل هو فيها أو منها فإنه تدخل الثمار ، فتدخل فى الرهن لاتصالها بها خلقة .

وكذا يدخل الزرع والرطبة فى رهن الأرض ولايدخل فى البيع لما ذكرنا فى الثمرة ، ويدخل البناء والغرس فى رهن الارض والدار والقرية لما ذكرنا .

رهن الدار بما فيها :

ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه إن كان الباقى يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقى رهنا بحصته وإلا بطل كله لان الرهن جعل كأنه ماورد إلا على الباقى .

ما يمنع التسليم فى الرهن وما لا يمنع :

ويمنع تسليم المرهون كون الراهن أو متاعه فى الدار المرهون وكذا متاعه فى الوعاء المرهون ، ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها ، فلا يتم حتى يلقى الحمل لأنه شاغل لها .

بخلاف ما إذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما إذا دفعها إليه ، لأن الدابة مشغولة به فصار كما إذا رهن متاعا فى دار وفى وعاء دون الدار والوعاء ، بخلاف ما إذا رهن سرجا على دابة أو لجاما فى رأسها ، ودفع الدابة مع السرج حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ، ثم يسلمه إليه لأنه من توابع الدابة بمنزلة الثمر للنخيل حتى قالوا يدخل فيه من غير ذكر . يعنى قال المشايخ رحمهم الله إذا رهن دابة عليها لجام أو سرج دخل ذلك فى الرهن من غير ذكر .

لا يجوز الرهن بالأمانات :

لا يصح الرهن بالأمانات كالودائع والعـــوارى والمضاربات ومال الشركة لأن القبض فى باب الرهن قبض مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء الدين منه :

وكذلك لا يصح بالأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع فى يد البائع لأن الضمان ليس بواجب فإنه إذا هلك العين لم يضمن البائع شيئا لكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح الرهن .

جواز الرهن بالأعيان المضمونة بنفسها :

أما الأعيان المضمونة بعينها وهو أن يكون مضمونا بالمثل أو بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد

فإنه يصح الرهن بها لأن الضمان متقرر ، فإنه إن كان قائما وجب تسليمه وإن كان هالكا تجب قيمته فكان رهنا بما هو مضمون فيصح .

الرهن بالدرك باطل :

الدرك كما تقدم هو رجوع المشترى بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع وصورة الرهن بذلك أن يبيع شيئا ويسلمه إلى المشترى فيخاف المشترى أن يستحقه أحد فيأخذ من البائع رهنا بالثمن لو استحقه أحد وهو باطل حتى لا يملك المرتهن حبس الرهن إن قبضه قبل الوجوب استحق المبيع أولا .

الكفالة بالدرك جائزة ، والفرق بين الرهن والكفالة به أن الرهن للاستيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب وإضافة التمليك إلى زمان فى المستقبل لا يجوز .

أما الكفالة فللالتزام المطالبة والتزام الأفعال يصح مضافا إلى المآل كما فى الصوم والصلاة ، ولهذا تصح الكفالة بما ذاب له على فلان ولا يصح الرهن فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك أمانة لأنه لا عقد حيث وقع باطلا .

الرهن بالدين الموعود :

الرهن بالدين الموعود جائز بخلاف الرهن بالدرك وصورته كما قال المصنف أن يقول رهنتك هذا لتقرضنى ألف درهم وهلك فى يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال بمقابلته لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ، يعنى أن الموعود من الدين جعل كالموجود للحاجة ، فإن الرجل يحتاج إلى استقراض شىء ، وصاحب المال لا يعطيه قبل قبض الرهن فيجعل الدين الموعود موجوداً احتيالا للجواز دفعا للحاجة عن المستقرض

الفرق بين الدين الموعود والدرك :

لا يقال بجعل المعدوم فى الدرك كالموجود كما علل الجواز فى الدين الموعود للاشتراك فى الحاجة ، لا يقال ذلك للفرق بينهما وهو أن المعدوم يجعل موجوداً إذا كان على شرف الوجود ، وفى الدين الموعود الظاهر من حال المسلم إنجاز وعده .

والدرك ليس كذلك لأن الظاهر عدم الاستحقاق فان المسلم العاقل لا يقدم على بيع مال غيره .

والعلة الثانية فى جواز الرهن بالدين الموعود أنه مقبوض بجهة الرهن الذى يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيضمن ـ وعلى هذا يكون مثله فى أنه يهلك مضمونا لا أمانة فيكون المرتهن ضامنا لما قبض عن الدين الموعود .

حكم الرهن برأس مال السلم وبثمن الصرف والمسلم فيه ويصح الرهن بهذه الأشياء : وقال زفر لا يصح الرهن .

دليل زفر :

استدل بأن حكم الرهن هو الاستيفاء ، وأخذ الرهن عن هذه الأشياء ليس باستيفاء لعدم المجانسة فيكون أخذ الرهن استبدالا . وباب الاستبدال فيها مسدود .

ودليل الجواز أن فيه استيفاء لوجود المجانسة من حيث المالية ، وأما عين الرهن فهو أمانة عنده كما لو كان الرهن عبداً فمات كان كفنه على الراهن والأعيان من حيث المالية جنس واحد .

فان قيل لو كان كذلك يصح الاستبدال فى رأس المال فى الصرف .

والسلم لوجود المجانسة من حيث المالية فى الرهن فالجواب أن هذا غلط لأنا إنما اعتبرنا التجانس من حيث الماليـــة لقيام الدليل على كونه مضمونا من حيث المالية وعلى تعذر تملك العين لكونه أمانة وفى الاستبدال لايكتفى بذلك لاحتياجه إلى تملك العين أيضا . .

حكم الرهن بالمبيع :

الرهن بالمبيع باطل لأنه غير مضمون بنفسه كما تقدم فإن هلك ذهب بغير شيء لأنه لا اعتبار للباطل فبقى قبضا بأنه . . .

أحكام متعلقة برهن ثمن الصرف . ورأس مال السلم . .

وإن هلك الرهن بثمن الصرف ورأس مال السلم فى مجلس العقد تم الصرف ، والسلم وصار المرتهن مستوفيا لدينه حكما لتحقق القبض حكما .

وإن افترقا قبل هلاك الرهن بطلا لفوات القبض حقيقة وحكما : أما حقيقة فظاهر ، وأما حكما فلأن المرتهن إنما يصير قابضا بالهلاك وكان بعد التفرق وإن هلك الرهن بالمسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه أنه يصير مستوفيا للمسلم فيه فلم يبق السلم .

ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال حتى يحبسه لأنه بذله أى لأن رأس المال بدل المسلم فيه ، وبدل الشيء يقوم مقامه كالرهن بالمغصوب إذا هلك فانه رهن بقيمته .

ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه لأنه رهنه وإن كان محبوسا بغيره كما باع عبداً وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقابلا البيع له أن يحبسه لأخذ المبيع لأن الثمن بدله .

ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا

وأدى ثمنه له أن يحبسه ليستوفى الثمن ثم لو هلك المشترى فى يد المشترى يهلك بقيمته فكذا هذا .

جملة من المسائل لا يصح فيها الرهن :

أولا :

١ — رهن الحر ومافى معناه :

ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب ، وأم الولد لأن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية فى الحر ، وقيام المانع فى الباقين يعنى حق الحرية ، ولهذا لو طرأت هذه التصرفات أبطلته فإذا كانت مقارنة منعته .

٢ — الرهن بالكفالة بالنفس والقصاص :

ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لمعنيين :

أحدهما : أن استيفاء المكفول به من الرهن غير ممكن والثانى أن المكفول به غير مضمون فى نفسه فإنه لو هلك لم يجب شىء وهـــذان المعنيان جاريان فى القصاص فى النفس وما دونه .

وأما لو رهن عن بدل الصلح فيهما فانه صحيح لأن البدل مضمون بنفسه . . .

بخلاف ما إذا كانت الجناية خطأ لأن استيفاء الارش من الرهن ممكن ولو صالح عنها على عين ثم رهن بها رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه إذا هلك ينفسخ الصلح فكان كالمبيع .

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الجنايات

الكلام فى الجنايات يشتمل على ما يأتى :

(١) مناسبة ذكرها بعد الرهن . (٢) محاسنها .

(٣) سببها . (٤) شرطها . (٥) تعريفها .

(٦) أنواع القتل الذى تتعلق به الاحكام .

أما المناسبة : ذكر الفقهاء مبحث الجنايات بعد مبحث الرهن لأن الرهن شرع لصيانة الأموال . وأحكام الجنايات لصيانة الأنفس ، ولما كانت الأموال وسيلة لصيانة الانفس قدم الرهن عليها تقديما للوسائل على المقاصد .

وأما محاسن أجزيتها فهى محاسن الحدود ، ولا شك أن فى شرعية الحدود صيانة للأنفس والأعراض والأموال والدين والعقل ، وقطعا لدابر الجرائم .

وكذلك سببها أسباب الحدود .

وأما شرطها : فكون المحل حيوانا .

تعريف الجناية : الجناية فى اللغة اسم يطلق على ما يكتسب من الشر تسمية بالمصدر من قولنا جنى عليه شراً . وهو عام .

وقد خص فى الاصطلاح : بالفعل المحرم شرعا الذى يحل بالأنفس والأطراف فإن حل الفعل المحرم شرعا بالأنفس سمى قتلا . وإن حل بالأطراف سمى جرحا وقطعا .

أنواع القتل . القتل الذى تتعلق به الأحكام(١) الشرعية خمسة أنواع
(١) العمد (٢) شبه العمد (٣) الخطأ (٤) ماأجرى مجرى الخطأ
(٥) القتل بسبب .

وجه الحصر : ووجه انحصار القتل فى هذه الأنواع الخمسة كما ذكره صاحب العناية هو أننا استقرينا فوجدنا أن ماتتعلق به الأحكام من أنواع القتل هى هذه الخمسة .

وقال صاحب النهاية فى وجه الحصر ما معناه . إن وجه الإنحصار يتلخص فى أن القتل إذا صدر عن إنسان فلا يخلو : إما أن يكون حاصلا بسلاح أو بغير سلاح . فإن كان حاصلا بسلاح فلا يخلو : إما أن يكون به قصد القتل أم لا فإن كان به قصد القتل فهو عمد وإن لم يكن به قصد القتل فهو الخطأ وإن لم يكن القتل حاصلا بسلاح فلا يخلو : إما أن يكون معه قصد التأديب والضرب أم لا . فان كان معه قصد التأديب والضرب فهو شبه العمد . وإن لم يكن معه قصد الضرب والتأديب فلايخلو : إما أن يكون جاريا مجرى الخطأ أم لافإن كان جاريا مجرى الخطأ فهو النوع الرابع وإن لم يكن جاريا مجراه فهو القتل بسبب . وفى هذا الانحصار مايشير إلى فهم كل نوع على حدة . وإليك بيان كل نوع من هذه الأنواع وحكمه تفصيلا :

---

(١) وإنما قيد بهذا القيد احترازا عن فعل لاتتلعق به أجزئية شرعية كالقتل قصاصا أو فى الردة أوقتل الحربى .
أما الأنواع الخمسة المشار إليها فهى التى تتعلق بها الأحكام الشرعية من قصاص ودية وكفارة وحرمان وإرث .

القتل العمد :

وهو ما تعمد ضربه بسلاح أو ما أجرى مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار . والمراد بالضمير من قوله (ضربه) أى ضرب المقتول إخراجا للعمد فيما دون النفس وليطة القصب هى قشره . والمراد (بالنار) الإلقاء فيها لا الضرب بها . وإنما قيد العمل بالضرب بالسلاح أو ما أجرى مجراه فى تفريق الأجزاء . لأن العمد هو القصد ولا يوقف عليه إلا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان متعمداً فيه عند ذلك .

حكم القتل العمد : يتعلق بالقتل العمد حكم أخروى وأحكام دنيوية أما حكمه الأخروى فهو المأثم والدليل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى (ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم . . .) الآية .

ودلالة الآية على ثبوت المأثم ظاهرة لأن العقاب فى جهنم بنص الآية لايترتب إلا على الإثم .

وهذا الحكم وهو ثبوت المأثم عام فى كل قتل عمد سواء كان المقتول مسلما أم ذميا . والآية الكريمة وإن قيدت ذلك بقتل المؤمن بعبارة النص فإن ثبوت المأثم فى قتل الذمى يثبت بدلالة النص بناء على ثبوت المساواة فى العصمة بين المسلم والذمى نظراً إلى التكليف أو الدار .

وأما السنة : فنها ما قال عليه الصلاة والسلام فى خطبته بعرفات (ألا إن دماءكم ونفوسكم حرمت عليكم كحرمة يومى هذا فى شهرى هذا فى عامى هذا) ومنها أيضا قوله صلوات الله وسلامه عليه (لزوال الدنيا أهون على الله من قتل امرىء مسلم) .

وأما الإجماع : فقد نصوا على أن إجماع الأمة انعقد على ثبوت الإثم فى القتل العمد .

أما الأحكام الدنيوية فهى حكمان :

الحكم الأول : وجوب القود وهو القصاص والدليل على ذلك ما يأتى :

أولا : بالكتاب قوله تعالى : كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر) وهى ظاهرة الدلالة على وجوب القصاص فى القتل . إلا أنها لم تقيد ذلك بالعمد . وقد ثبت التقييد بقوله صلى الله عليه وسلم (العمد قود) أى موجبه القود ، والحديث مشهور تلقته الأمة بالقبول فيجوز التقييد به .

ثانيا : بالمعقول ، ويتحقق هذا من وجهين :

الوجه الأول : أن الجناية تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر وتقرير هذا أن العمدية تتكامل بها الجناية وكل ما تتكامل به الجناية كانت حكمة الزجر عليها أكمل .

الوجه الثانى : أن العقوبة المتناهية لا شرع لها دون ذلك وتقرير هذا أن القود عقوبة متناهية والعقوبة المتناهية لاشرع لها دون العمدية .

عفو الأولياء وصلحهم :

لأولياء المقتول أن يعفوا عن القاتل بتنازلهم عن القصاص . وكذلك لهم أن يصالحوا عليه بالمال لأن الحق لهم فلهم أن يسقطوه بالعفو أو يأخذوا بدله مالا بالصلح .

تعين القصاص : قال الحنفية إن القصاص يجب عينا فى القتل العمد إلا أن يعفو الأولياء أو يصالحوا كما تقدم .

فإذا صالح الأولياء على مال فلا يصح العدول عن القصاص إلى أخذ المال إلا برضا القاتل . .

وعند الشافعى رحمه الله فى أحد القولين عنه مثل ذلك إلا أنه يصح للأولياء أخذ المال دون رضا القاتل واستدل على ذلك بأن أخذ الولى المال فى هذه الحالة فيه إنقاذ للقاتل من الهلاك فيكون المال متعينا لدفع الهلاك عنه ، فى حالته عدم رضاه يكون سفيها ويحجر عليه لئلا يلقى بنفسه فى التهلكة . فيؤخذ المال دون رضاه .

وقد أجيب عن قول الشافعى فى هذا (بأن المال تعين مدفعا للهلاك .. الخ) بأننا لا نتيقن بعدم قصد الولى القتل بعد أخذ المال لجواز أن يأخذ الولى المال من القاتل بدون رضاه ثم يقتله بعد ذلك .

الولى مخير عند الشافعى :

الحكم الشرعى المقرر فى القتل العمد عند الحنفية هو تعين القصاص موجبا وحكما له كما تقدم أما الشافعية فعندهم قول آخر وهو أن الحكم الشرعى فى هذا أن الولى مخير بين القصاص وبين الدية ولا يتعين أحدهما إلا باختيار الولى . ولكل منهم أدلة على ماذهب اليه .

فقد استدل الحنفية بالكتاب والسنه والمعقول :

أما الكتاب فقوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى) ووجه الاستدلال بهذه الآية أن الله تعالى ذكر فى الخطأ الدية فتعين أن يكون القصاص المذكور فيه فيما هو ضد الخطأ وهو العمد . ولما تعين بالعمد لايعدل عنه لئلا تلزم الزيادة على النص بالرأى .

أما السنة : فقول النبى صلى الله عليه وسلم (العمد قود) ووجه الاستدلال بهذا الحديث أن الألف واللام فى قوله العمد قود للجنس إذ لا معهود ينصرف إليه . ففيه تنصيص على أن حكم جنس العمد ذلك

فمن عدل عنه إلى غيره زاد على النص .

وأما المعقول : فهو أن المال لايصلح موجبا فى القتل العمد لعدم المماثلة لأن الآدمى مالك متبذل والمال مملوك متبذل فأنى يتماثلان بخلاف القصاص فإنه يصلح موجبا للتماثل . وفيه زيادة حكمة وهى مصلحة الاحياء زجراً للغير عن وقوعه فيه وجبراً للورثة وعلى ذلك فيتعين القصاص .

ولئن قال قائل : كيف صلح المال موجبا فى القتل الخطأ . والفائت فيه مثل الفائت فى العمد ؟ قلنا : إن وجوب المال فى الخطأ ضرورة صون الدم عن الإهدار فانه لما لم يكن فيه قصاص هدر الدم لو لم يجب المال . والآدمى مكرم لايجب إهدار دمه . على أن ذلك ثابت بالنص على خلاف القياس . والعمد ليس فى معناه حتى يلحق به .

واستدل الشافعية على ماذهبوا اليه بالسنة والمعقول .

أما السنة : فقول النبي صلى الله عليه وسلم (من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا . وإن أحبوا أخذوا الدية) والحديث ظاهر فى تخيير الولى . وتنصيص الحديث على القتل يدل على أنه فى العمد لأنه هو الذى يستحق فيه القتل .

وأما المعقول : فمن وجهين :

الوجه الأول : أن حق العبد شرع جابرا ، وفى كل واحد من القصاص والدية نوع جبر فيتخير بينهما .

الوجه الثانى : أن الشرع أوجب القصاص لمعنى الانتقام وتشفى صدور الأولياء بخلاف القياس فإن الجماعة تقتل بواحد والقياس

لايقتضيه ، فكان لمعنى النظر للولى وذلك بتمكنه من القصاص وأخذ الدية .

وأجيب عن أدلة الشافعية بما يأتى :

أولا : أن ماأوردوه من الحديث خبر واحد وخبر الواحد لايعارض الكتاب والسنة المشهورة .

ثانيا : أن القصاص لمعنى النظر للولى على وجه خاص وهو الانتقام وتشفى الصدور فإنه شرع زاجراً عما كان عليه أهل الجاهلية من إفناء قبيلة بواحد لا لأنهم كانوا يأخذون أموالا كثيرة عند قتل واحد منهم بل القاتل وأهله لو بذلوا ما ملكوه وأمثاله ما رضى به أولياء المقتول . فكان إيجاب المال فى مقابلة القتل العمد تضيع لحكمة القصاص .

وإذا ثبت أن الأصل هو القصاص لم يجز المصير إلى غيره بغير ضرورة مثل أن يعفو أحد الأولياء فإنه يتعذر الاستيفاء حينئذ ، أو أن يكون محل القصاص ناقصا بأن تكون يد قاطع اليد أقل أصبعا وأمثال ذلك .

الحكم الثانى : ويتعلق بالقتل العمد من الأحكام الدنيوية حرمان الميراث لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ميراث لقاتل) .

لا كفارة فى العمد : قال الحنفية لا تجب الكفارة فى القتل العمد سواء وجب فيه القصاص أم لم يجب كالأب إذا قتل ابنه عمداً .

وقال الشافعى رحمه الله تجب الكفارة فى القتل العمد لأن الحاجة إلى التكفير فى العمد أمس منها إليه فى الخطأ لأنها لستر الذنب والذنب فى العمد أعظم .

واستدل الحنفية بأن العمد كبيرة محضة وما هو كذلك لا يكون سببا

لما فيه معنى العبادة والكفارة فيها معنى العبادة .

وبيان ذلك أن الكفارة عبادة لما فيها من الصوم وفيها معنى العقوبة لما فيها من الزجر . فلزم أن يكون سببها دائرا بين الحظر والإباحة لتضاف العقوبة إلى الحظر والعبادة إلى الإباحة وبهذا يتناسب السبب مع مسببه فالقتل الخطأ مباح من جهة أنه قصد الرمى إلى صيد أو محارب ومحظور من جهة عدم التثبت فى الرمى ، وعلى ذلك فيصح أن تجب فيه الكفارة لمقابلة كل جهة بما يناسبها .

أما العمد فكبيرة محضة ، وليس فيها غير ذلك . وبهذا يتضح عدم صحة قياس العمد على الخطأ لهذا الفرق .

فإن قيل يلحق العمد بالخطأ من باب دلالة النص . فالجواب المنع لعدم المماثلة كما تقدم .

وحديث واثلة (١) بن الأسقع مردود لاحتمال ترتيب استحقاق النار على شبه العمد لا العمد ، وعلى فرض التسليم بأن الاستحقاق فى العمد فان الحديث لا يعارض إشارة قوله تعالى : (ومن يقتل مؤمنا متعمداً فجزاؤه جهنم خالدا فيها) إذ أن الفاء تقضى أن يكون المذكور بعدها كل الجزاء فلو أوجبنا الكفارة لكان المذكور بعضه .

شبه العمد :

اختلف العلماء فى تفسير هذا النوع من القتل فقال أبو حنيفة رحمه الله

---

(١) نص الحديث « أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد استوجب النار بالقتل فقال اعتقوا عنه رقبة يعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار .

شبه العمد هو أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا ما أجرى مجراه سواء كان الهلاك به غالبا كالحجر والعصا الكبيرين ومدقة القصار أو لم يكن ، كالعصا الصغيرة .

وقالا (أبو يوسف ومحمد) هو أن يتعمد الضرب بما لا يحصل الهلاك به غالبا كالعصا الصغيرة إذا لم يوال فى الضربات . فأما إذا والى فيها فقيل شبه عمد عندهما ، وقيل عمد محض .

وقالا : سمى هذا النوع شبه العمد لاقتصار معنى العمد فيه وإلا لكان عمدا واقتصاره إنما يتصور فى استعمال آله لا تقتل بها غالبا كالعصا الصغيرة فانه يقصد باستعمالها غير القتل كالتأديب ونحوه لا فى استعمال آلة لا تلبث فإنه لا يقصد باستعمالها إلا القتل .

واستدل أبو حنيفة على ما ذهب إليه فى شبه العمد بقوله صلى الله عليه وسلم (ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل) رواه النعمان بن بشير رضى الله عنه .

ووجه الاستدلال : أنه عليه الصلاة والسلام جعل قتيل السوط والعصا مطلقا شبه عمد فتخصيصه به بالصغيرة إبطال للاطلاق وهو لا يجوز ولأن العصا الكبيرة والصغيرة تساويا فى كونهما غير موضوعتين للقتل ولا مستعملتين له إذ لا يمكن الاستعمال على غرة من المقصود قتله وبالاستعمال على غرة يحصل القتل غالبا . وإذا تساويا . والقتل بالعصا الصغيرة شبه عمد فكذا بالكبيرة .

حكمه :

وموجب هذا النوع من القتل عند الفريقين :

(١) الإثم لأنه قتل وهو قاصد فى الضرب .

(٢) الكفارة [١] لشبهه بالخطأ .

(٣) والدية المغلظة على العاقلة وإنما وجبت على العاقلة لأن الأصل أن كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا بمعنى يحدث من بعد فهى على العاقلة . واحترز بقوله لا بمعنى يحدث من بعد عما تصالحوا فيه على الدية . وعن قتل الوالد ولده عمداً أو عن إقرار القاتل بالقتل الخطأ وقد كان قتله عمدا فان فى هذه الصور تجب الدية على القاتل فى ماله .

وذلك لقضية عمر رضى الله عنه يعنى ما روى عنه أنه قضى بالدية على العاقلة فى ثلاث سنين ، والمروى عنه كالمروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لأنه مما لا يعرف بالرأى .

وتجب الدية مغلظة على ما سنبين فى الديات .

وقد اختلف العلماء فى صفة التغليظ . فالتغليظ كما نقل عن أبى حنيفة وأبى يوسف مائة من الإبل أرباعا وخمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة .

وقال محمد والشافعى : أثلاثا ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون ثنية كلها خلفات فى بطونها أولادها .

وقال ابن مسعود رضى الله عنه بالتغليظ أرباعا كما ذكرنا :

---

(١) كفارة شبه العمد . عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى : (فتحرير رقبة مؤمنة) فإن لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص ، ولا يجزىء فيه الإطعام حيث أنه لم يرد به نص ، والمقادير تعرف بالتوقيف .

القتل الخطأ :

الخطأ على نوعين :

(١) خطأ فى القصد وهو أن يرى شخصا يظنه صيداً فإذا هو آدمى أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم .

(٢) خطأ فى الفعل وهو أن يرى غرضا فيصيب آدميا .

وجه انحصار الخطا فى هذين النوعين :

إنما انحصر هذا الخطأ فى هذين النوعين لأن الرمى إلى شىء مثلا مشتمل على فعل القلب وهو القصد ، وفعل الجارحة وهو الرمى . فإن القتل الخطأ بالقصد فهو النوع الأول (فعل القلب) وان اتصل بالرمى فهو النوع الثانى (فعل الجارحة) .

حكمه :

حكم الخطأ بنوعيه : (١) الكفارة .

(٢) الدية على العاقلة ، والدليل على ذلك قوله تعالى : (فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله . . الآية) وتجب الدية على العاقلة فى ثلاث سنين لقضية عمر رضى الله عنه كما أشرنا الى ذلك فىالنوع (الثانى شبه العمد)

(٣) ويحرم من الميراث لأن فى قتل الخطأ اثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت فى حال الرمى . ولا اثم فى القتل الخطأ بنوعيه . ومعنى هذا أن هذا النوع من القتل لا اثم فيه من حيث هو لقوله صلى الله عليه وسلم (رفع عن أمتى الخطأ . . الحديث) وان كان لا يعرى عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة فى التثبت فى حال الرمى ـ الأمر الذى ترتب عليه الحرمان من الميراث كما تقدم آنفا .

ما أجرى مجرى الخطأ :

ومثال هذا النوع من القتل أن ينقلب النائم على رجل فيقتله ـ وحكمه فى الشرع حكم الخطأ من حيث وجوب الكفارة والدية على العاقلة والحرمان من الميراث اذ أن فعل النائم لا يوصف بالعمد ولا بالخطأ ، الا أننا اعتبرناه كالخطأ فى الأحكام لأن المقتول مات بثقله فكأنه مات بفعله .

القتل بسبب :

ومثاله . حافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه .

حكمه :

أنه تجب فيه الدية على العاقلة لأنه سبب التلف وهو متعد فيه فأنزل موقعا دافعا ، وعلى ذلك وجبت الدية ولا كفارة فى هذا النوع من القتل كما أنه لا يتعلق به حرمان الميراث .

وقال الشافعى رحمه الله تعالى حكمه كالقتل الخطأ اذ أن الشرع أنزله قاتلاً فى حق الضمان فكذا فى الكفارة والحرمان .

واستدل الحنفية على عدم وجوب الكفارة بأن الكفارة تجب بالقتل وهو معدوم من المتسبب حقيقة لعدم اتصال فعله به وانما ألحق هذا النوع من القتل بالخطأ فى حق الضمان على خلاف القياس صيانة للدماء عن الهدر فيبقى فى حق غيره على الأصل .

فإن قيل : الحافر فى غير ملكه يأثم وما فيه اثم من القتل يصح تعليق الحرمان به كما ذكرتم فى الخطأ .

أجاب صاحب الهداية عن هذا الاعتراض بقوله : انه وان كان يأثم

بالحفر فى غير ملكه إلا أنه لا يأثم بالموت . وتوضيح هـــذا أن الاثم الحاصل بالقتل هو الذى يتعلق به حرمان الميراث والاثم هنا اثم الحفر فى غير الملك لا إثم الموت .

ليس فيما دون النفس شبه عمد :

ما يكون شبه عمد فى النفس يعتبر عمدا فيما سواها إذ أنه ليس فيما دون النفس شبه عمد وإنما هو عمد أو خطأ .

لأن إتلاف النفس لا يقصد إلا بالسلاح وما جرى مجراها . وأما مادون النفس فإنه بقصد إتلافه بغير السلاح كما يقصد به ألا ترى أن فقء العين كما يقصد بالسكين يقصد بالسوط والعصا الصغيرة .

ما يوجب القصاص ومالا يوجبه

ما يوجب القصاص :

يجب القصاص بقتل كل شخص عمدا محقون الدم على التأبيد . وهذه ضابطة كلية عند الحنفية ومعناها أن القصاص يجب فى كل مقتول يتحقق فيه هذا المعنى . ومعنى (محقون الدم) عصمته وعدم هدره فيخرج المرتد وقولنا على التأبيد معناها ثبوت عصمة الدم دائما فيخرج المستأمن فان العصمة فيه غير مؤبدة لاحتمال العود إلى دار الحرب إذ أن احتمال العود مزيل للمساواة الواجب تحققها فى ثبوت القصاص . وأما وصف العمدية فقد ثبت كما تقدم بقوله عليه الصلاة والسلام (العمد قود) ولأن الجناية بوصف العمدية تتكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر .

ولا تنقض هذه الضابطة بأن العفو مندوب إليه شرعا وهو يتنافى مع وجوب القصاص . لأن معنى الوجوب ثبوت الحق فلا منافاة .

كما لا تنقض بقتل المسلم ابنه لتحقق المعنى وعدم وجوب القصاص لأن القصاص مستحق بالقتل إلا أنه انقلب مالا بشبهة الأبوة .

ولا يقال إن حقن الدم على التأبيد غير متصور . لأن أعلى ما يتصور من شخص أن يكون مسلما من دار الإسلام . وهو يزول بالارتداد لأن الأصل فى المسلم عدم الارتداد . والارتداد أمر عارض فلا معتبر به . كما لايقال إن قيد التأبيد لثبوت المساواة والمستأمن إذا قتل مسلما وجب القصاص ولا مساواة بينهما ، لأن التفاوت هنـــا تفاوت إلى نقصان والتفاوت إلى النقصان غير مانع من الاستيفاء بخلاف العكس .

قتل الحر بالعبد :

لا خلاف بين العلماء فى قتل الحر بالحر للنص الكريم (الحر بالحر) ولثبوت المساواة بينهما من جميع الوجوه .

أما قتل الحر بالعبد : فقد اختلف فيه الحنفية والشافعية .

فعند الحنفية : يقتل الحر بالعبد . وعند الشافعية لايقتل به .

واستدل الحنفية : بالعمومات الوارده فى الكتاب الكريم من قوله تعالى (كتب عليكم القصاص فى القتلى) وقوله تعالى (ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا) وقوله (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس) وبالعمومات الواردة فى السنة الشريفة من قوله صلى الله عليـــه وسلم (العمد قود) .

وبالمعقول إذ أن القصاص يعتمد المساواة فى العصمة وهى تتحقق بالدين عنـــد الشافعية وبالدار عند الحنفية ، وعلى كلا الرأيين فهما مستويان فيهما .

واستدل الشافعية : بقوله تعالى : (الحر بالحر والعبد بالعبد) ، ووجه الاستدلال أن الله قد قابل الحر بالحر والعبد بالعبد ، ومن ضرورة هذه المقابلة أن لايقتل حر بعبد .

(٢) ولأن مبنى القصاص على المساواة والمساواة منتفية بين المالك والمملوك . ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لأنهما يتساويان . وبخلاف قتل العبد بالحر لأنه تفاوت إلى نقصان وهو غير مانع عن الاستيفاء .

وقد رد الحنفية على ما استدل به الشافعية فقالوا :

إن المقابلة لاتدل على عدم قتل الحر بالعبد لأنه تخصيص بالذكر وهو لا يدل على نفى ما عداه . فإن الله تعالى قابل الأنثى بالأنثى فى الآية وهذا لاينفى بالأنثى ولا العكس بالإجماع .

وفائدة التخصص بالذكر فى قوله تعالى : (الحر بالحر والعبد بالعبد) الرد على من أراد قتل غير القاتل بالمقتول وذلك أن ابن عباس رضى الله عنهما روى أن قبيلتين من العرب تدعى إحداهما فضلا على الأخرى اقتتلتا فقالت مدعية الفضل لا نرضى إلا بقتل الذكر منهم بالأنثى منا والحر منهم بقتل العبد منا فأنزل الله تعالى هذه الآية ردا عليهم .

وأما عدم قطع طرف الحر بطرف العبد فلأن القصاص فى الأطراف يعتمد المساواة بالنسبة للجزء المبان فانه لا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا مساواة بينهما فى ذلك لأن الرق ثابت فى أجزاء الجسم بخلاف النفوس فان القصاص فيها يعتمدها فى العصمة وقد تساويا فيها على ما أسلفنا .

فإن قيل : جاز أن تكون شبهة الإباحة مانعة وهى ثابتة لان الرق أثر الكفر وحقيقة الكفر تمنع منه كما بين المسلم والمستأمن فكذا أثر الكفر وهو الرق يمنع أيضا . أجيب بما قاله المصنف وجريان القصاص

بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الإباحة ، ومعنى هذا أن أثر الكفر وهو الرق لو صلح مانعا لما جرى القصاص بين العبدين كما لا يجرى بين المستأمنين وليس كذلك .

قتل المسلم بالذمى :

اختلف الفقهاء فى ثبوت القصاص بين المسلم والذمى يعنى إذا قتل مسلم ذميا . فقال الحنفية يقتل المسلم به .

وعند عامة العلماء ومنهم الشافعى رحمه الله لا يقتل المسلم بالذمى .

واستدل الحنفية بالسنة والمعقول :

أما السنة : فما روى عن ابن الحسن عن إبراهيم رحمهما الله تعالى أن رجلا من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة فرفع ذلك إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : أنا أحق من وفى بذمته . والحديث ظاهر فى الدلالة على المطلوب .

ولا عبرة بما قيل : إن هـذا الحديث مداره على ابن السلمانى وقد قال عنه أئمة الحديث أنه لا يقوم به حجة إذا وصل فكيف إذا أرسل ، لأن الطعن بالإرسال والطعن المبهم من أئمة الحديث غير مقبول .

وأما المعقول : فلأن المساواة فى العصمة ثابتة نظرا إلى التكليف كما هو عند الشافعى أو الدار كما عندنا . والقصاص يعتمد المساواة وهى متحققة .

واستدل الشافعى : بالسنة والمعقول :

أما السنة : فقول النبى صلى الله عليه وسلم (لا يقتل مؤمن بكافر) .

أما المعقول : فاستدلوا به من وجهين :

حكم
عقد النكاح بعبارة النساء

بقلم

عبد السميع أحمد إمام

الأستاذ المساعد بكلية الشريعة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين .

وبعـــد

فهذا تلخيص للكلام فى حكم عقد النكاح إذا باشرته المرأة بنفسها أصيلة ، أو وكيلة عن امرأة أخرى ، وقد اقتصرت فيه على أهم الأقوال ، وأقوى الأدلة ، وأظهر المناقشات ، وليس لى فيه من عمل سوى بعض زيادات أضفتها توضيحا أو تكميلا مع مراعاة السهولة والتنظيم تيسيرا على الطلاب .

وأسأل الله الهـــداية والتوفيق فأقول وهو المستعان :

اتفق العلماء على أن عقد النكاح على المرأة الحرة الرشيدة يعتبر صحيحا نافذا إذا رضيت به و باشره وليها الشرعى .

ثم اختلفوا فيما إذا باشرته هى بنفسها أو وكلت امرأة غيرها فى مباشرته .

وإليك بيان أهم مذاهبهم فى ذلك :

أولا : أن عقد الزواج باطل لاينعقد مطلقا أى سواء كانت بكراً أو ثيبا ، وسواء أذن لها الولى أم لم يأذن ، وسواء كان الزوج كفؤا أم غير كفء ، وهذا هو مذهب الجمهور : مالك والشافعى ، وأحمد والزيدية ، والظاهرية ، وأكثر العلماء .

ثانياً : أن عقد الزواج صحيح مطلقا إلا أن للولى حق الاعتراض عليها فى الزواج بغير كفء مالم يظهر حملها منه ، وهذا هو مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف (فى ظاهر الرواية) وزفر .

ثالثاً : أن عقد الزواج بعبارتها صحيح موقوف على إجازة الولى مطلقا فإن أجازه نفذ وإلا بطل ، ولكن للمرأة أن ترفع أمرها إلى القاضى إن كان الزوج كفؤا فيجدد لها العقد عليه قهرا عن وليها ، وهذا هو مذهب محمد بن الحسن من الحنفية .

وأما الشيعة الإمامية فقالوا إن الثيب الرشيدة لاولاية لأحد عليها ومثلها البكر الرشيدة التى ليس لها أب أو جد فهم فى هذين قد وافقوا أبا حنيفة .

وأما البكر الرشيدة التى لها أب أو جد فقيل أمرها بيدها كاللتين قبلها ، وإذن فقد وافقوا فى هذه أبا حنيفة أيضا — وقيل إن أمرها بيد أبيها أو جدها فوافقوا فى هذه مذهب الجمهور — وقيل إن الأمر مشترك بينها وبين وليها فعلى هذا القول قد وافقوا فى هذه مذهب محمد بن الحسن .

وعلى هذا فنحن فى غنى عن الاستدلال على هذه الأقوال كلها استغناء بما نورده من أدلة المذاهب المتقدمة .

وأما الأقوال الباقية لهم فيها من التفرقة بين نكاح المتعة والدائم فلم نستدل عليه لأنه ظاهر الشذوذ وقد تفردوا به .

الأدلة : أولا — أدلة المذهب الأول :

استدل الجمهور على أن النكاح لا ينعقد بعبارة المرأة مطلقا بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فآيات كثيرة منها :

ا — قوله تعالى : « وأنكحوا الأيامى منكم » وقوله تعالى: « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » .

ووجه الاستدلال بهما أن الله تعالى وجه الخطاب إلى الأولياء فيهما فأمرهم فى الأولى بأن يزوجوا من لا زوج لها ، ونهاهم فى الثانية عن تزويج المسلمة للمشرك وإنما يؤمر بالشيء وينهى عنه من هو مكلف به فلو لم يكن عقد النكاح بيد الأولياء لما حسن توجيه الخطاب إليهم وإنما يوجه إلى النساء مباشرة كما فى قوله تعالى : « والوالدات يرضعن » ، « والمطلقات يتربصن » ، وأمثال هذا .

ب — وقوله تعالى : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف » .

ووجه الاستدلال بهذه الآية أن المعنى إذا طلق الازواج زوجاتهم فانقضت عدتهن فلا يمنعهن أولياؤهن عن الرجوع إلى أزواجهن بعقد جديد إذا أحب كل من الزوجين الرجوع إلى صاحبه فقد نهى الله تعالى الأولياء عن عضل النساء أى منعهن من الزواج بأن يمتنعوا عن العقد لهن ، وإنما ينهى عن المنع من يملكه ولا يعتبر مالكا له إلا من بيده العقد . فدل ذلك على أن عقد النكاح بيد الولى لا بيد المرأة وإلا لعقدت لنفسها ولم يكن ثم حاجة إلى نهى الولى عن منعها .

ويؤيد أن معنى الآية ما ذكر أن البخارى وغيره من أئمة الحديث قد رووا فى سبب نزولها أن معقل بن يسار كانت له أخت فزوجها لابن عمه فطلقها طلقة رجعية . فلما انقضت عدتها جاء يخطبها فحلف معقل ألا يزوجها له فنزلت فيه الآية فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم وأمره أن يزوجها إياه فامتثل وكفر عن يمينه .

فلو كان عقد الزواج بيد المرأة لقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم زوجى نفسك ولم يحنث معقل فى يمينه .

وأما السنة فمنها ما يأتى :

١ - ما رواه أحمد وأصحاب السنن إلا النسائى عن أبى موسى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح إلا بولى » وقد صححه ابن حبان والحاكم ورواه أبو يعلى الموصلى عن جابر بإسناد رجاله ثقات .

ووجه الاستدلال به أن نفى النكاح بدون الولى معناه نفى صحته إذ هى أقرب شىء إلى نفى الحقيقة كما يمكن أن يكون معناه نفى حقيقة النكاح الشرعى إذ أنها تنتفى بانتفاء الصحة فقد دل الحديث على أن الولى لا بد منه فى صحة النكاح ووجود حقيقته الشرعيه ويلزم منه أن عقد المرأة باطل لانتفاء الولى حينئذ .

ويؤيد هذا ما رواه ابن حبان فى صحيحه عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل ، وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل » حيث صرح فيه بالبطلان عند فقد الولى أو الشاهدين .

ب — ما رواه ابن ماجه ، والدار قطنى والبيهقى عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فان الزانية هى التى تزوج نفسها » .

وهذا صريح أيضا فى أنه لايصح للمرأة أن تتولى عقد النكاح لا بالأصالة عن نفسها ولا بالنيابة عن امرأة أخرى فان تولته كان باطلا مشابها للزنى فى بطلانه وحرمته لأن النهى عن شىء يقتضى فساده وبطلانه ولا سيما مع التصريح بأنه فى عقد النكاح يجعله كالزنا .

وأما المعقول فقالوا : إن النكاح له مقاصد شتى كما أنه رباط بين الأسر والمرأة كثيراً ما تخضع لحكم العاطفة التى قد تغطى وجه المصلحة فلذلك سلبها الشارع الولاية فى عقد النكاح لخطره وجعلها بيد الرجل لتحصل المصلحة على الوجه الأكمل .

ثانيا — أدلة المذهب الثانى :

استدل الحنفية على أن عقد النكاح يصح بعبارة الحرة الرشيدة مطلقا بالكتاب والسنة والمعقول .

أما الكتاب فمنه قوله تعالى : « فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره » ، وقوله تعالى : « فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » .

وجه الاستدلال أنه قد جاء التصريح فى هاتين الآيتين باسناد النكاح إلى المرأة والأصل فى الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقى فدل هذا على

أن عقد النكاح الذى يصدر عن المرأة يعتبر صحيحا تترتب عليه آثاره من غير توقف على إذن الولى أو مباشرته إياه .

وأما السنة فمنها :

ا — مارواه الجماعة إلا البخارى عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها ، وفى رواية أبى داود والنسائى : ليس للولى مع الثيب أمر » .

ووجه الاستدلال أن الحديث جعل الحق للثيب فى نفسها ونفى أن يكون لوليها أمر فيما يتعلق بنكاحها وهو عام لأنه نكرة فى سياق النفى فيشمل ما يتعلق باختيار الزوج وما يتعلق بمباشرة العقد غير أن البكر نظرا لغلبة الحياء عليها اكتفى منها فى الدلالة على رضاها بالسكوت لأن حياءها قد يمنعها من التصريح . وإذن فالرضا من المرأة لابد منه سواء أكانت بكرا أم ثيبا . وإذا كان رضاها شرطا فى صحة عقد النكاح فكيف يعقل أن يعتبر الشارع رضا شخص شرطا فى صحة التصرف عنه ثم يحكم ببطلان ذلك التصرف إذا باشره الشخص بنفسه . بل المعقول أن يكون حينئذ أولى بالصحة فإذا عقدت المرأة على كفء فقد تحققت مقاصد النكاح وليس للولى حق الاعتراض عليها . وإن عقدت على غير كفء كان للولى حق الاعتراض عليها مراعاة لما قد يلحقه من الضرر . فإن أجاز فقد تنازل عن حقه وصار العقد صحيحا نافذا لأن مدار صحة العقود على تحقق أهلية العاقد وهى تعتمد الحرية والرشد .

ب — مارواه أحمد والنسائى عن أم سلمة أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث يخطبها فقالت ليس أحد من أوليائى شاهدا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك » .

وجه الاستدلال أن قولها ليس أحد من أوليائى شاهدا يدل على غيبة أوليائها عن عقد زواجها وإذن فقد عقدت لنفسها. ثم إن قوله عليه السلام ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك يدل على أن الأولياء لا يحق لهم الاعتراض إلا إذا كرهوا كراهة فى محلها شرعا بأن كان الزوج غير كفء. فإن كان كفؤا لم يعول على إعتراضهم. فقد دل صدر الكلام على أن للمرأة أن تتولى مباشرة عقد الزواج كما دل آخره على أن للولى الاعتراض فى غير الكفء.

وأما المعقول فقالوا - إن عقد الزواج له مقاصد أصلية وأخرى تبعية فالأصلية تختص بالمرأة كالمعاشرة والنفقة ونحوهما. والتبعية هى ماتخص الأولياء من حسن المصاهرة. والأصل فى العقود أن يتولاها من يختص بمقاصدها الأصلية وأن يكتفى فى صاحب التبعية أن يعطى حق الاعتراض على العقد إن لم يكن مظنة لتتحقق فوائده.

ثالثا — أدلة المذهب الثالث:

استدل محمد بن الحسن على ماذهب إليه من أن العقد صحيح موقوف على إجازة الولى بما يأتى:

ا — بما استدل به غـــيره من الحنفية على صحة عقد الزواج بمباشرة المرأة له.

ب — ثم خصصها بماراه الخمسة إلا النسائى عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فنكاحها باطل» الحديث ووجه الاستدلال بهأنه يدل على أن نكاح المرأة يكون باطلا إذا كان بغير إذن وليها ومن مقتضى ذلك أنها إذا زوجت نفسها بإذن وليها سواء كان إذنه سابقا على العقد أو لاحقا له صح نكاحها ونفذ ولم يتوقف على مباشرة وليها للعقد فيخص هذا الحديث عموم أدلة الحنفية.

المناقشة : أولا ـ مناقشة أدلة المذهب الأول :

ا ـ نوقش استدلال الجمهور على لزوم الولى فى عقد النكاح بالكتاب بما يأتى :

١ ـ أما قوله تعالى « وأنكحوا الأيامى منكم » وقوله تعالى « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » فإن الاستدلال بهما مبنى على أن الخطاب فيهما موجه إلى الأولياء وهذا غير متعين بل يحتمل احتمالا قويا أن يكون الخطاب فيهما لعامة المسلمين فهو من باب التشريع العام ففى الآية الأولى أمر للمسلمين بالعمل على إعفاف الأيامى بتسهيل طرق الزواج . وفى الآية الثانية نهى للمسلمين عن تزويج المؤمنات للمشركين وإذن فمعناهما معا ليكن من المسلمين إعفاف للأيامى وكف عن تزويج المؤمنات للمشركين فهذا تقرير مبدأ عام فى علاقة الزوجية وليس خطابا لأولياء النساء خاصة .

وأجيب عن ذلك بأن هذا المعنى مجازى لا يصار إليه إلا بدليل وحيث لادليل عليه فالحمل على الحقيقية واجب فوجب أن يكون الخطاب فى الآيتين للأولياء لأن الأصل فى الخطاب أن يوجه إلى من يحصل منه الفعل لا إلى من يقع الفعل بينهم مالم تقم قرينة على ذلك ـ فإن قيل إن القرينة عليه إسناد النكاح إلى النساء فى كثير من الآيات : قلنا إن ذلك لا يصلح أن يكون قرينة لأن إسناد النكاح إليهن يحتمل المجاز أيضا احتمالا قويا وليس التأويل فى بعض الآيات بأولى منه فى البعض الآخر . فوجب البحث عن مرجح من القرآن أو السنة .

٢ ـ وأما استدلالهم بقوله تعالى « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فإن الاستدلال بها مبنى كذلك على أن النهى فيها موجه إلى الأولياء ولكن توجيهه إليهم لا يصح لأن الخطاب فى صدر الآية للأزواج فليكن فى آخرها إليهم أيضا ويكون نهيا للأزواج

عن عضل مطلقاتهم عن زواج غيرهم . لئلا يلزم تفكك نظم الآية إذا وزع الخطاب إلى الأزواج مرة فى صدرها وإلى الأولياء مرة أخرى فى عجزها ولا شك أن المحافظة على نظم القرآن واجب وذلك إنما يكون بجعل الخطاب فى آخر الآية موجها إلى من وجه إليه فى أولها . وهذا إنما يكون إما بجعل الخطاب للأزواج كما قلنا وإما بجعل الخطاب لعامة المسلمين كما سبق فى الدليل الذى قبل هذا .

وأجيب عن ذلك بأن توزيع الخطاب فى الآية بتوجيهه فى صدرها الأزواج وفى آخرها للأولياء لا مانع منه إذا كانت هناك قرينة ولا يلزم منه تفكيك نظم القرآن فقد فهمها على هذا كثير من السلف الذين يحتج بلغتهم ولم يروا فيها خللا أو تفكيكا للنظم . ويؤيد ذلك ماصح من الحـــديث فى سبب نزولها ، وأما جعل الخطاب فيها لعامة المسلمين فهو مجاز لا قرينة عليه فلا يصح بل الواجب حمل الكلام على حقيقية متى أمكن ولا موجب للعدول عنه ولا سيما إذا طابق سبب النزول الذى يجب أن يشمله عموم اللفظ قطعا .

ب — ونوقش استدلالهم من السنة بما يأتى .

١ — أن حديث « لا نكاح إلا بولى » لا يصلح للإستدلال به لأن فى روايته عن أبى موسى اضطرابا فى الإسناد فقد روى مرة موصولا ومرة منقطعا وأخرى مرسلا فأورثه هذا الاضطراب ضعفا لا يصلح معه للحجية ولو سلمنا أنه يصلح لكان من قبيل الحديث الحسن وهو لايقاوم الحديث الصحيح عند التعارض فمن الواجب حينئذ الأخذ بالصحيح وهو قوله صلى الله عليه وسلم « الثيب أحق بنفسها من وليها » وأجيب عن هذا بأن الحديث إذا روى مرة موصولا وأخرى غيرموصول فإن العبرة بوصله متى كان من طريق الثقة ولهذا صححه ابن حبان والحاكم وقال الترمذي إن

العمل به عند أهل العلم وإذن فقد صح الاحتجاج به حتى عند من لا يرى الاحتجاج بالمرسل . هذا فضلا عن أن روايته الثانية عن عائشة قد احتج بها الحنفية فى إشتراط الشهادة وهذا إقرار منهم بحجيته .

وأما تقديم الصحيح من الأحاديث عند التعارض فذلك إذا تعذر الجمع بينها وهنا لا يتعذر حيث يمكن الجمع بينها بحمل حديث « الثيب أحق بنفسها من وليها ، على أنها أحق فى إختيار الزواج والزوج فلا بد من رضاها ثم عند العقد لا بد من الولى فى مباشرته وإلا بطل عملا بحديث « لا نكاح إلا بولى ، ولا سيما من رواية عائشة حيث صرح فيها بالبطلان فلا يمكن تأويله وقد أقر الحنفية بحجيته كما تقدم .

٢ — وأما حديث أبى هريرة « لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها ، الحديث فقد قال فيه ابن كثير إنه موقوف على أبى هريرة وإذن فلا يصح الاحتجاج به ثم على فرض أنه مرفوع فالمقصود منه التنفير من تولى المرأة عقد النكاح لأن ذلك ينافى الحياء المطلوب فى النساء وليس فيه ما يدل على فساد العقد إذا تولته المرأة .

وأجيب عن ذلك بأن البيهقى قد بين أن الموقوف على أبى هريرة هو قوله فإن الزانية هى التى تزوج نفسها حيث رواه هكذا عن أبى هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا تنكح المرأة المرأة ولا تنكح المرأة نفسها ، وقال أبو هريرة كنا نعد التى تنكح نفسها هى الزانية . وإذن فقد صلح أول الحديث للحجية فضلا عن أن آخره يدل على أن الحكم ببطلان عقد الزواج بعبارة المرأة كما هو مقتضى صدر الحديث كان متعارفا بين الصحابة — وأما دعوى أن ذلك من قبيل التنفير لا غير فهى دعوى مجردة عن الدليل فلا تسمع إذ الأصل أن يحمل كلام المشرع على بيان الأحكام وتمييز الحلال من الحرام .

ونوقش المعقول بأن تحصيل مصلحة النكاح لا تقتضى وجوب مباشرة

الولى لعقده بل تتحقق بمجرد رضاه به وإذنه لمن شاء من رجل أو امرأة فى أن يباشره .

وأجيب عن ذلك بأن الشارع اعتبر مباشرة الولى لهذا العقد بالذات شرطا فى صحته حرصا على المبالغة فى التفرقة بينه وبين الزنا وإلزاما للولى بمحافظته على رباطه المقدس لئلا يتنكر فيما بعد له وينكر أنه كان راضيا به .

ثانيا - مناقشة أدلة المذهب الثانى :

نوقش استدلال الحنفية على صحة عقد النكاح بعبارة النساء مطلقا بما يأتى :

ا - أن قولهم إسناد النكاح إلى النساء فى بعض آيات الكتاب الكريم يدل على صحته بعبارتهن لأن الأصل فى الإسناد أن يكون إلى الفاعل الحقيقى هذا القول معارض بإسناد الإنكاح إلى الأولياء فى آيات أخرى فوجب أن يكون الإسناد حقيقيا فى البعض ومجازيا فى البعض الآخر ولا قائل بأن إسناد الانكاج إلى الأولياء مجاز فوجب أن يكون المجاز فى إسناد النكاح إلى النساء لأنهن محل العقد ويدل على ذلك ماصح من الحديث فى سبب نزول قوله تعالى « فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » ولو سلمنا أن المخاطب فى مثل هذه الآية هو عموم المسلمين وأن الإسناد مجاز كذلك لكان كل من الآيات يحتمل المجاز فإن لم يوجد مرجح لبعضها سقط الاستدلال بكل منها ويجب الرجوع إلى السنة .

ب - ونوقش استدلالهم من السنة بما يأتى :

أما حديث «الثيب أحق بنفسها من وليها» فيرد عليه أنه لا يدل على دعواهم لأن ظاهره يدل على أن المرأة أولى من وليها فى أن تتولى العقد بنفسها لأن «أحق» أفعل تفضيل يقتضى مشاركة الولى لها فى الحق وزيادتها عليه فيه فيكون مقتضاه

أن الأفضل مباشرة المرأة العقد عليها بنفسها ولكنهم لا يقولون بهذا بل الأفضل عندهم أن يتولى الولى لها عقد الزواج فوجب أن يكون المعنى أنها أحق بنفسها فى اختيار التزوج والزوج لا فى تولى العقد كما هو المتبادر من رواية « ليس للولى مع الثيب أمر » فإنه نفى لتسلط الأولياء واستبدادهم بمن يكنّ تحت ولايتهم . وأما قولهم إنه عام فيتناول مباشرة العقد فعلى فرض تسليم عمومه يجاب عنه بأنه قد خص بأحاديث المنع من مباشرة المرأة العقد وقد سبق أنها تصلح للحجية فجاز التخصيص بها .

٢ — وأما حديث أم سلمة فيرد عليه أنه قد روى فى آخره قولها لابنها عمر قم ياعمر فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن صح ذلك وكان ابنها هذا كبيرا فقد وجد بعض أوليائها حينئذ غير أنها كانت تعتقد أن الابن لا ولاية له على أمه وأما إن كان صغيرا أو لم تصح رواية قولها له فيجب أن تكون الولاية للرسول صلى الله عليه وسلم لما ثبت من قوله عليه السلام « فالسطان ولى من لا ولى له » وإذن فلم تباشر العقد عليها وإنما باشره لها رسول الله صلى الله عليه وسلم بحكم ولايته العامة على المسلمين لقوله تعالى « النبى أولى بالمؤمنين من أنفسهم » .

ج — وأما المعقول . فأقل ما يرد عليه أنه فى مقابلة النصوص فلا يقام له وزن .

ثالثا ـ مناقشة دليل المذهب الثالث :

أما استدلال محمد بن الحسن بحديث عائشة رضى الله عنها « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها » الحديث فيرد عليه أنه لا يصح منه الاستدلال به بناء على قواعد الحنفية وهو منهم فإن من قواعدهم أن الراوى إذا عمل بخلاف روايته كانت الحجة فى عمله ويسقط الاستدلال بروايته لأن من

شروط العمل بالحديث عندهم أن لايعمل الراوى بخلاف روايته وقد صح عن السيدة عائشة رضى الله عنها ، وهى رواية هذا الحديث ، أنها زوجت حفصة بنت أخيها عبد الرحمن بدون إذنه فقال غاضبا أمثلى يفتات عليه فى بناته وإذن فقد عملت عائشة بخلاف روايتها فلا يحتج بهذه الرواية عند الحنفية فسقط استدلال محمد بن الحسن بها لأنه حنفى .

المختـــار :

مما لا شك فيه أن عقد النكاح ذو شأن كبير وقد أولاه الشرع الحكيم رعاية تليق بخطره . وعناية تناسب قدره فإن عليه عمادا بناء الأسرة وترابط أفراد المجتمع وقد حاطه بأمور تخصه ، فأوجب فيه الإشهاد وأمر بإظهاره وإعـــلان السرور به واستحب الاجتماع له واحتفال الطرفين به بإحضار ذوى الشرف والمروءة وأوجب على من دعى إليه أن يجيب وهذا كله يشعرنا بحرص الشارع على إظهار الفرق بينه وبين الزنا وإبعاد الشبهة عنه بأبلغ الوجوه وآكدها ثم هو قد سلب المرأة حق التسلط على عصمتها فى الدوام والإنهاء ، فلا عجب أن يسلبها حق ابتدائها وانشائها ويوجب على الولى مباشرة العقد بنفسه تسجيلا لرضاه به والتزامه المحافظة على حقوقه وقطعا لخط الرجعة عليه لئلا ينكره ويتنكر له فى المستقبل وهذا ما نراه أحوط لجانب المرأة وأحفظ لكيان عقد النكاح وأحرى أن يكون سببا فى دوامه واستقراره وأجلب للمحبة بين الأسر وسائر أفراد المجتمع وأقرب إلى محاسن الأخلاق والله أعلم .